REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPACIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No 269

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17-001-33-39-002-2016-00227-02
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Amparo Vargas Toro
Demandado:	Nación - Ministerio De Educación Departamento De Caldas

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, y el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, procede a resolver 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

En síntesis solicita se declare la nulidad de la Resolución 10290-6 de 19 de noviembre de 2015, expedida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas, por medio de las cuales se desconocieron y negaron los intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial.

Como consecuencia de la anterior, se declare que tiene pleno derecho a que las demandadas, le reconozcan y paguen los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación (hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial.

Solicita además se condene a las demandadas a pagar el interés bancario corriente desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva del pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos. Y se ordene liquidar y pagar los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de indexación salarial se reconoció.

1.2. Sustento Fáctico

En síntesis señala que, laboró en la Secretaría de Educación del departamento de Caldas en calidad de personal administrativo. Que mediante el Decreto 0021 de 1997 el departamento de Caldas trasfirió el personal administrativo adscrito al servicio público

nacional a la planta de cargos del ente territorial con las mismas denominaciones, códigos y salarios. Que en el Decreto 0337 de diciembre 02 de 2010, el departamento de Caldas dispuso la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos de la Secretaria de Educación que fueron trasferidos del orden nacional, con el fin de equiparar sus salarios a los percibidos por el personal administrativo de orden territorial.

Mediante Resolución 2044-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 4643-6 de 4 de julio de 2013, a su vez modificada por la Resolución 9212-6 de 11 de diciembre de 2014 se reconoció a favor del accionante el pago de retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009.

Según certificación expedida por la Secretaria de Educación Departamental el retroactivo reconocido en la Resolución 4469-6 de 28 de junio de 2013, se liquidó a partir 10 de febrero de 1997 hasta el año 1998, pago que fue efectuado el 15 de abril de 2013. Y el retroactivo correspondiente a un ajuste de indexación reconocido en la Resolución 9212-6 de 11 de diciembre de 2014, fue pagado el 16 de diciembre de 2014.

El 11 de agosto de 2015 solicitó a la Secretaria de Educación del departamento de Caldas el reconocimiento y pago de los intereses moratorios generados ante la tardía nivelación salarial y pago del retroactivo. Mediante la resolución demandada se negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocan la Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 93, 123, 209 y 350; el Código Civil, artículos 1608, 1617 y 1649 y el Decreto 01 de 1984, artículo 177. Tras un recuento de las particularidades del proceso de homologación adelantado por el Departamento de Caldas respecto del personal administrativo de la Secretaria de Educación, advierte que las entidades demandadas debieron efectuar la homologación de cargos de forma previa a la incorporación de la planta de personal adscrita al nivel nacional hacia el orden territorial, proceso que al no adelantarse de tal manera generó que la homologación y nivelación salarial fuese cancelada años después de haberse causado, lo que explica los intereses pretendidos.

Se arguye que con la negativa al reconocimiento de intereses sobre los valores reconocidos retroactivamente por concepto de nivelación salarial, se vulnera el principio constitucional de favorabilidad laboral.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

El **Departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones de la demandante, aduciendo que a la parte demandante no le asiste derecho, lo cual expuso mediante su defensa.

Como argumentos de defensa realizó un recuento de lo sucedido en el proceso de homologación y nivelación salarial, respecto de los docentes en el sector educativo.

Finalmente señala que lo recibido por la parte demandante fueron dineros dentro del proceso de homologación y nivelación salarial que al estar indexado no da lugar a reclamar ninguna sanción moratoria, en calidad de intereses, ya que se estaría pretendiendo, a su criterio, que el Departamento de Caldas incurra en una doble sanción.

Como medios exceptivos formuló: "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*" fundada en

que fue el Ministerio de Educación Nacional quien designó los recursos para el reconocimiento de la homologación salarial; "*Buena fe*"; "*Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley"*, arguye que lo pretendido por la parte accionante es una doble sanción a una entidad que no posee la titularidad de la obligación, pues la génesis de los recursos con los que se atendió el pago de la homologación están en cabeza del Ministerio de Educación Nacional; *"Inaplicabilidad de los intereses moratorios"*, teniendo en cuenta que los dineros que recibió la parte demandante por parte del Departamento de Caldas – Secretaría de Educación con recursos del Sistema General de Participaciones, fueron producto de un proceso de nivelación y homologación salarial y no el pago de cesantías como se pretende hacer valer en el presente proceso.

El **Ministerio de Educación Nacional** se opuso a las pretensiones de la demanda; señaló que los artículos 34 y 38 de la Ley 715 establecieron el procedimiento a seguir para incorporar las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones. Destaca que si bien el proceso de homologación de cargos y de nivelación salarial del personal administrativo en los diferentes entes territoriales se llevó a cabo bajo las directrices y el acompañamiento del Ministerio de Educación, fue claramente establecido que la deuda por concepto de retroactividad en aquellos eventos en que la homologación y consecuente incorporación conlleve la nivelación de salarios, cuando no procede la incorporación horizontal, seria asumida con recursos del Sistema General de Participaciones previa disponibilidad presupuestal.

Con base en lo anterior formuló las excepciones que denominó: "*Falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Educación Nacional*" la cual sustenta en que ese ente ministerial no profirió los actos demandados; *Inepta Demanda*", considerando que la entidad no puede ser abocada a un proceso judicial respecto de un acto administrativo que no expidió; *"Prescripción"* de conformidad con el artículo 151 el Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social , el artículo 41 del _Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo*, declaró fundada *la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva"*, formulada por el Departamento de Caldas y negó las pretensiones de la demandante y la condenó en costas.

Para tomar la anterior decisión, el Juez de primera instancia indicó que al haberse demostrado que a la demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de homologación y nivelación salarial, resulta improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

Señala que la indexación está dirigida a actualizar una deuda laboral o pensional con el índice de precios al consumidor, para así aminorara los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, mientras que los intereses moratorios involucran un componente inflacionario que afecta el poder adquisitivo de dinero.

4. Recurso de apelación

La demandante expone que el caso citado por el Juez para negar las pretensiones de la demanda, es de un proceso que difiere sustancialmente con la presente acción, toda vez que lo que resolvió el Consejo de Estado fue un proceso encaminado a que Cajanal

reliquidara una pensión teniendo en cuenta sumas devengados en marcos alemanes de una persona que ejecutó funciones diplomáticas.

Lo anterior es diferente a lo solicitado, pues lo que busca es que se le reconozcan y paguen los intereses moratorios causados por el pago tardío de la homologación y nivelación salarial del personal administrativo adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, y no una reliquidación de pensión como se menciona en la jurisprudencia que cita. Se opuso a la condena en cosas aduciendo que nunca existió algún comportamiento temerario o doloso que justifique la condena.

5. Alegatos de conclusión de segunda instancia

La demandante arguyó que las entidades demandadas confunden los dos conceptos de origen económico y legal; la indexación está dirigida a actualizar una deuda y los intereses moratorios que por su carácter constituyen un mecanismo para resarcir y sancionar el retardo en el pago de una obligación, conforme lo contempla la ley.

Ese retardo es que el que se pretende que se condene, pues el empleador porta la obligación de cancelar a sus empleados el salario entonces resulta lógico que si incumple su deber, debe responsabilizarse por el pago de la mora.

La Nación- Ministerio de Educación Nacional ratificó los argumentos esbozados en la contestación de la demanda y demás que fueron presentados durante el trámite del proceso. Se opuso a la totalidad de las pretensiones deprecadas considerando que carecen de sustento legal que las respalde y teniendo en cuenta que el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de las obligaciones pretendidas por vía de restablecimiento del derecho, así como tampoco de los trámites de reclamaciones, los cuales se encuentran a cargo de la entidad territorial correspondiente a la cual estén vinculados los docentes. Reitera la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio fundada en pronunciamientos del Consejo de Estado que refieren la noción de la legitimación en la causa.

Además indicó que, el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de la obligación que se demanda, toda vez que no fue la entidad emisora del acto administrativo del cual se pretende se declare la nulidad y tampoco tuvo injerencia en los hechos que han generado la demanda, ni en los trámites administrativos para el reconocimiento y pago de la obligación, ni la atención de las reclamaciones posteriores a los reconocimientos.

Concluyó que el titular del acto administrativo es una persona jurídica totalmente diferente al Ministerio de Educación Nacional, luego una eventual condena que pudiera recaer, equivaldría a sancionarla por actos que no le puede ser legalmente imputado

El Departamento de Caldas y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico

De conformidad con la sentencia y el escrito de apelación los problemas jurídicos son los siguientes:

¿Se causaron intereses en virtud de la mora en el pago de los valores por homologación y nivelación salarial?

¿Es procedente el reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado a la parte actora?

Para resolver los problemas planteados, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: i) el proceso de homologación y nivelación salarial; ii) los intereses moratorios y la indexación; iii) los hechos probados y vii) el caso concreto.

2.2. Proceso de homologación y nivelación salarial

Con la Ley 43 de 1975 se nacionalizó la educación que prestaban los entes territoriales, empero con el fin de desarrollar los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política de 1991, se expidió la Ley 60 de 12 de agosto de 1993, que dispuso la descentralización de este servicio, por lo cual se efectuó el traslado y la entrega por parte de la Nación a los departamentos de los bienes, personal y establecimientos educativos. Posteriormente se emitió la Ley 715 de 21 de noviembre de 2001 sobre la municipalización de la educación que había quedado en manos de los departamentos y distritos.

Este proceso implicó el ajuste de las planta de personal administrativo que prestaban sus servicios a la Nación en las instituciones educativas, para pasar a ser incorporados a las plantas de los entes territoriales, siendo la referida Ley 715 de 2001 la que señaló expresamente el procedimiento a seguir para concentrar estas plantas en los departamentos, distritos y municipios.

El Ministerio de Educación Nacional mediante Directiva No. 10 de 30 de junio de 2005, determinó los criterios y pasos a tener en cuenta para llevar a cabo la homologación de cargos y la nivelación salarial del personal administrativo, y señaló con base en el Acto Legislativo 01 de 2005 que en los casos en que el proceso de incorporación y homologación conllevara la nivelación de salarios, estos rubros retroactivos serían asumidos con recursos del sistema general de participaciones, previa disponibilidad presupuestal o a cargo de la Nación a falta de dicha disponibilidad.

2.3. Intereses moratorios e indexación

Los intereses moratorios son concebidos como la compensación económica de carácter indemnizatorio que debe cancelar el deudor obligado al pago de sumas de dinero, que incumple con la fecha legal o contractualmente establecida para el cumplimiento de la obligación, en tal sentido el Código Civil señala:

> *"Artículo 1617: Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*
> *1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.*
> *El interés legal se fija en seis por ciento anual.*
> *2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.*
> *3a.) Los intereses atrasados no producen interés.*
> *4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".*

En materia laboral, los intereses moratorios son reconocidos como una sanción al empleador -u otro obligado al pago de prestaciones laborales- que ha incumplido con el

pago de las acreencias salariales o prestacionales de sus empleados, en los términos legales establecidos para su causación y exigibilidad, empero debe advertirse que dada su naturaleza sancionatoria estos requieren de expresa consagración legal. En tal sentido el H. Consejo de Estado justamente en un asunto como el aquí discutido expuso: *"Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto…"*[1].

Por su parte, la indexación dispone una corrección monetaria por los fenómenos inflacionarios propios del sistema económico nacional, esto es, que el valor adeudado se actualice y mantenga el mismo poder adquisitivo al momento de su pago, así lo ha expresado el H. Consejo de Estado al advertir que: *"El propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente".*[2]

Los intereses moratorios y la indexación no son acumulables, considerando que los primeros inician con la mora en el crédito u obligación, en tanto el período de la indexación está dado entre la fecha del crédito, capital u obligación y la fecha en que se quiere actualizar, no siendo relevante la existencia de la mora.

No obstante lo anterior, es preciso indicar que la incompatibilidad debe entenderse entre la indexación y los intereses que lleven implícitos la corrección monetaria, por cuanto existe una excepción en tratándose del interés legal en materia civil, el cual corresponde al 6 % anual, en razón a que en este último tipo de interés no contempla la devaluación del dinero.

Al respecto, el Consejo de Estado[3], ha señalado lo siguiente: *"…no es procedente la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, toda vez que la tasa de interés comercial lleva en su interior la corrección monetaria. No obstante, la actualización sí puede concurrir cuando se condena al pago del interés legal civil, por cuanto esa tasa de interés no incluye ningún valor por devaluación del dinero, distinta a la tasa de interés corriente bancario que es más alta en atención a que incluye la devaluación."*

Por último, sobre la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, el Consejo de Estado[4] en reciente providencia precisó:

> *"Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.*
>
> *Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar*

[1]Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de diciembre de 2017, Rad. 0905-2015.
[2]Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia del 30 de mayo de 2013, Rad. 2006-00986-01.
[3]Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2004, Rad. 08001-23-31-000-2000-2482-01(24935).
[4] Sección Segunda, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15). Pág.738.

consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto".

2.4. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

Mediante Resolución 2044-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 4643-6 de 4 de julio de 2013, a su vez modificada por la Resolución 9212-6 de 11 de diciembre de 2014 se reconoció a favor del accionante el pago de retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009. (Fls. 13-32)

- Dicho reconocimiento incluyó los valores correspondientes a los pagos retroactivos de los rubros no cancelados por concepto de "sueldo", "prima técnica", "bonificación [por] servicios prestados", "prima de servicios", "bonificación especial recreación", "prima de navidad", "horas extras", "reintegro auxilio de trasporte" e indexación de estos rubros. (Fls. 14-15)

- Según certificación expedida por la Secretaria de Educación Departamental el retroactivo reconocido se liquidó a partir de 11 de febrero de 1997, pago que fue efectuado el 15 de abril de 2013. (Fl. 33)

- El 11 de agosto de 2015 el accionante solicitó a la Secretaria de Educación del departamento de Caldas el reconocimiento y pago de los intereses moratorios generados ante la tardía nivelación salarial y pago del retroactivo. (Fl 13-17 C 1)

- Mediante Resolución 10290-6 de 19 de noviembre de 2015, expedida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas, se negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados, como quiera que dichas sumas fueron debidamente indexadas al momento del pago. (Fl 11-12 C 1)

Descrito el escenario fáctico, se procede a dilucidar el problema jurídico planteado.

2.5. Caso concreto

La parte actora reclama el pago de intereses moratorios sobre las sumas que fueron reconocidas a título de nivelación salarial -pago retroactivo- al señalar que a su juicio estos se causaron cada periodo mensual corrido entre el 11 de febrero de 1997 hasta la fecha del pago efectivo, que fue efectuado el 15 de abril de 2013.

La Sala no comparte la posición planteada por la parte actora, en tanto la obligación en cabeza de la administración de cancelar los valores por concepto de homologación y nivelación salarial, surgió en el momento en que fueron expedidos los actos administrativos que determinaron el derecho a su pago a favor de la parte accionante, pues hasta dicha fecha no existía pronunciamiento de la administración que permitiera su exigibilidad.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los intereses moratorios en asuntos laborales, tampoco existía fundamento legal que otorgara el derecho a reclamar intereses moratorios por pago tardío de una homologación y nivelación salarial, o que determinara su causación y exigibilidad de forma automática en el momento mismo en que la parte accionante fue incorporado a la planta de personal del ente territorial.

En tal sentido el H. Consejo de Estado ha desatado casos similares concluyendo:

> • *De igual manera, tal como lo ha señalado la Subsección en asuntos similares no puede concluirse que por el hecho de no haberse «pactado» el pago de un interés, deba acudirse en subsidio a la regla que trae el artículo 1617 del Código Civil, pues en estricto sentido no se está hablando de un asunto negocial, en el cual las partes involucradas puedan pactar a su arbitrio cláusulas contractuales; como ya se expuso, el reconocimiento de las sumas de dinero obedecieron a la homologación y nivelación que debió realizarse para que las plantas de personal administrativo, se ajustaran a la nueva reglamentación en cuanto a clasificación, nomenclatura, funciones y requisitos de los empleos del nivel territorial.*
>
> • *Finalmente, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se configuran los intereses moratorios.…"*[5]

Cabe advertir que la exigibilidad de la obligación contenida en la Resolución 2044-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 4643-6 de 4 de julio de 2013, a su vez modificada por la Resolución 9212-6 de 11 de diciembre de 2014, difieren del concepto de causación del derecho y que la parte actora pretende equiparar, pues como atinadamente lo señalan los referidos actos administrativos, las sumas que por concepto de nivelación salarial fueron reconocidas, corresponden a una causación independiente para cada periodo laboral -según la prestación de que se trate, salario, prima, horas extras-, razón por la cual se reconoce al accionante en dichos actos la actualización monetaria de estas sumas, indexación que como lo ha expresado el H. Consejo de Estado atiende a los criterios de equidad y justicia que garantizan que los derechos económicos de las personas no se vuelvan infructuosos al momento de su pago por la devaluación de la moneda y resulta incompatible con la causación de intereses[6].

Así pues, frente al primer cuestionamiento planteado, se concluye que la parte actora no tiene derecho al reconocimiento de intereses con ocasión al pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, habrán de negarse las súplicas de la demanda.

2.6. Indexación de la homologación y nivelación salarial – Precedente horizontal

En casos similares[7], esta Corporación accedió a la actualización de sumas de dinero reconocidas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso de dos o más mensualidades, por la cual dicho retroactivo perdía poder adquisitivo y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria.

Lo anterior por razones de equidad y justicia, y en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, de las cuales goza el Juez en materia laboral, respecto de las cuales la Corte Constitucional, de tiempo atrás viene consolidando esta postura, como lo dijo en la sentencia C-662 de 1998:

> *Dentro de la potestad integradora de esta Corte para revisar la totalidad de la preceptiva*

[5] Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de diciembre de 2017, número 0905-2015.
[6] Ver al respecto, sentencia del 22 de abril de 2015. Rad: 25000-23-25-000-01312 (2506-2013), Sección Segunda.
[7] Ver sentencias dictadas el 31 de mayo de 2018, radicados 2016-00845, 2016-00857 y 2016-00884.

legal demandada, conforme a la jurisprudencia de la Corporación, la Sala estima que la misma no contradice el ordenamiento superior, salvo en la expresión "de primera instancia", como así se declarará en la parte resolutiva del presente fallo. En consecuencia, los jueces laborales de única instancia en adelante están facultados para emitir fallos con alcances extra o ultra petita, potestad que se ejerce en forma discrecional, con sujeción a las condiciones exigidas, esto es, que los hechos en que se sustenta el fallo con esos alcances se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados.

Por otro lado, se ha considerado que por razones de equidad y justicia, los valores que se deben pagar a los trabajadores, deben ser indexados si se pagan en fecha posterior a lo expresado en los actos administrativos, como lo ha dicho el Consejo de Estado[8]:

Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin». El pago de dichos intereses es por el periodo comprendido entre diciembre de 2003 al 12 de diciembre de 2007, que corresponde al plazo de mora de los salarios y prestaciones insolutos en favor de los demandantes hasta la liquidación definitiva de la E.S.E Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro y se liquidan hasta esa fecha; por ello, en criterio de la Sala no resulta razonable que ese monto fijo no sea susceptible de ser actualizado desde el 2007 hasta la presente fecha, en que se profiere la sentencia definitiva proferida por esta jurisdicción. En otras palabras, así como el tribunal definió que el acto administrativo esta nulo, porque no existía fundamento legal para el no pago de intereses moratorios, estos no deben ser pagados de manera menguada, empobrecida o depreciada por el efecto del paso del tiempo que se demoró esta jurisdicción en decidir el derecho a su pago.

Por otro lado, se ha considerado que por razones de equidad y justicia, los valores que se deben pagar a los trabajadores, deben ser indexados si se pagan en fecha posterior a lo expresado en los actos administrativos, como lo ha dicho el Consejo de Estado[9]:

Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin». El pago de dichos intereses es por el periodo comprendido

[8] Sección Segunda, 23 de marzo de 2017, Número interno (2284-13)
[9] Sección Segunda, 23 de marzo de 2017, Número interno (2284-13)

entre diciembre de 2003 al 12 de diciembre de 2007, que corresponde al plazo de mora de los salarios y prestaciones insolutos en favor de los demandantes hasta la liquidación definitiva de la E.S.E Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro y se liquidan hasta esa fecha; por ello, en criterio de la Sala no resulta razonable que ese monto fijo no sea susceptible de ser actualizado desde el 2007 hasta la presente fecha, en que se profiere la sentencia definitiva proferida por esta jurisdicción. En otras palabras, así como el tribunal definió que el acto administrativo esta nulo, porque no existía fundamento legal para el no pago de intereses moratorios, estos no deben ser pagados de manera menguada, empobrecida o depreciada por el efecto del paso del tiempo que se demoró esta jurisdicción en decidir el derecho a su pago.

En el caso bajo estudio, en cuanto a la indexación deben distinguirse dos momentos: i) la generada antes de la resolución de la liquidación del reajuste por concepto de la homologación y nivelación salarial y ii) la genera entre esta fecha y el pago del valor del ajuste.

En cuanto a la primera: Como quiera que existe un acto administrativo expreso que se refirió y que reconoció la indexación, la parte demandante debía previamente poner en conocimiento de la administración, las razones y los argumentos por los cuales no se encuentra de acuerdo con la decisión de la administración, en cuanto reconoció la indexación hasta una fecha determinada, con el fin de provocar un pronunciamiento por la entidad, sea expreso o tácito, que abra la posibilidad de demandar.

La anterior con fundamento en *"principio de decisión previa"*[10], desarrollado por el Consejo de Estado, el cual implica la presentación de una petición mediante la cual se reclame el reconocimiento del derecho, y finaliza con la expedición de un acto administrativo expreso o con el efecto del silencio administrativo que decide la actuación, contra el cual deben interponerse los recursos obligatorios procedentes.

En efecto, *"[l]a razón de la exigencia legal del señalado agotamiento deviene del principio llamado de la decisión previa que le permite a la administración, antes de acudir al medio judicial, que revise sus propios actos y otorga a los administrados una garantía sobre sus derechos al presentar motivos de inconformidad para que sea enmendada la actuación si es del caso, antes de que conozca de ella quien tiene la competencia para juzgarla"*[11].

Esta exigencia de la Ley se corresponde, además, a que la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez. *"La reclamación previa constituye un privilegio por cuanto permite a la administración volver a pensar o considerar mejor la decisión que se impugna o resiste para el administrado también puede resultar ventajoso ya que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito*".[12]

La tesis jurisprudencial trascrita, fue reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 7 de noviembre de 2013[13], que señaló:

"De manera que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho exige como presupuesto

[10] Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A - 26 de abril de 2018 - radicación número: 52001-23-33-004-2014-00276-01(3164-15).
[11] Sentencia de 21 de junio de 2002, Exp. 12382.
[12] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "B". Auto de 19 de octubre de 2006. Expediente: 44001233100020010070101.
[13] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub sección "A". Expediente: 08001-23-31-000-2009-00907-01.

indispensable que exista una decisión de la administración que modifique, cree o extinga la situación jurídica particular del interesado, o mejor dicho, un acto administrativo que establezca una relación jurídica determinada en relación con sus derechos subjetivos. En esas condiciones, resulta claro que en este caso no se configura tal requisito, que es necesario para iniciar la reclamación haciendo uso de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

La actora debió provocar el pronunciamiento de la administración para que ésta, mediante acto administrativo fijara su posición en relación con los derechos de los que creía gozar, concretamente para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, para que, con base en tal manifestación, pudiera acudir a la acción judicial correspondiente, haciendo uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (…)".

Aunado a lo anterior, la misma Corporación en decisión proferida el 9 de abril de 2014[14] señaló que es necesario que en sede administrativa se exprese con claridad el objeto de la reclamación, pues, lo que se busca es que la jurisdicción contenciosa no inicie conflictos que no han sido planteados previamente ante la administración, así:

Finalmente, resulta necesario que en sede administrativa se exprese con claridad el objeto de su reclamación pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante la jurisdicción contenciosa no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. No quiere ello decir que sea imposible exponer argumentos nuevos para defenderla misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición.

Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos, lo que no le es dable a la demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación."

Específicamente, en materia laboral del Estado, escenario en el cual se traba una relación legal y reglamentaria entre el Estado y sus servidores, el Consejo de Estado ha insistido que, para que éstos puedan demandar la vulneración de sus derechos, deben poner primeramente sus desavenencias en conocimiento de la administración, en virtud del principio de decisión previa y por consiguiente, es indispensable que exista un acto expreso o ficto para que se demande mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Al respecto, se ha señalado[15]:

"13.1 Con observancia de lo expuesto, y teniendo en cuenta que las personas que se consideren lesionadas en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, deben demandar el acto administrativo que lo conculca con la finalidad de obtener el restablecimiento de aquél -artículo 138(…) del CPACA, cuya redacción es muy similar a la del artículo 85 del C.C.A.-, esta Corporación ha señalado que en las aducidas relaciones que se traban entre la administración y los particulares, las que evidentemente se configuran entre el Estado y los docentes de institutos de educación públicos -como sus servidores públicos de régimen especial-, y que corresponden a vínculos de carácter legal y reglamentario, ***es indispensable que éstos, antes de elevar sus reclamaciones relacionadas con dicha vinculación ante la jurisdicción de lo contencioso***

[14] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Expediente: 25000-23-25-000-2009-00462-01.
[15] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 73001-23-33-000-2012-00112-01, C.P. Danilo Rojas Betancourth

> ***administrativo, las sometan a conocimiento de aquél, para efectos de que se pronuncie y proceda a acceder o a negar las solicitudes que se le presente, decisiones que luego de que se agoten los recursos obligatorios -en su tiempo, denominados como vía gubernativa-, sí resultan verificables a través de los medios de control jurisdiccionales establecidos para ello***". (Se resalta)

Asimismo, se ha dicho:

> "*En cuanto, a la solicitud de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar* (…). *Sin embargo, para acceder a dicho reconocimiento por vía judicial, se hace indispensable que el particular acuda previamente ante la Administración, para que ésta tenga la oportunidad de pronunciarse al respecto, y se constituya de esta forma el acto administrativo acusable.//Lo anterior significa que para reclamar el pago de salarios y prestaciones sociales encubiertas por órdenes de servicio, es presupuesto en virtud del principio de la decisión previa obtener el pronunciamiento de la administración respecto de los derechos pretendidos, ejercitando el derecho de petición en aras de lograr un acto administrativo expreso o presunto, según el caso*"[16].

En conclusión, el pronunciamiento previo por parte de la administración, constituye un requisito *síne quo non* para demandar la nulidad de un acto administrativo particular.

En aplicación de lo expuesto, como quiera que las demandadas ya habían emitido una decisión respecto a la indexación, la parte demandante tenía la obligación de poner en conocimiento de aquellas, las reclamaciones que hoy se presentan por vía jurisdiccional, para que las entidades las conociera y tuvieran la oportunidad de tomar una decisión al respecto, o modificar el reconocimiento realizado en el acto administrativo.

En el caso concreto, la entidad territorial al resolver las reclamaciones de la parte demandante, claramente expresó que las sumas reconocidas se encontraban indexadas, afirmación frente a la cual la parte demandante no realizó reparo alguno, ni en sede administrativa ni judicial, pues centró su inconformidad en el rechazo de los intereses moratorios.

En cuanto a la segunda: en aplicación a los principios de favorabilidad y de las facultades *extra y ultra petita*, si es viable indexar de oficio estos valores, siempre y cuando haya transcurrido más de un mes, por cuanto se trata de una pretensión basada en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo de reconocimiento de la indexación.

El término de *un mes* entre la fecha del reconocimiento y la fecha de pago, resulta prudencial, proporcionado y necesario para que la administración culminar el proceso de homologación y nivelación salarial y realizara las gestiones para el pago, situación que impide la indexación de dichas sumas. Así lo ha precisado el H. Consejo de Estado en

[16] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de agosto de 2007, exp. 76001-23-31-000-2001-00863-01(0065-06), C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Igualmente, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2002, exp. 23001-23-31-000-1998-00502-01(3829-00), C.P. Alberto Arango Mantilla; Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 05001-23-31-000-1996-0729-01(0792-02), C.P. Nicolás Pajaro Peñaranda; Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2004, exp. 25000-23-25-000-1998-3730-01(2328-02), C.P. Nicolás Pajaro Peñaranda; Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2004, exp. 76001-23-31-000-2000-00969-01(2142-02), C.P. Tarcisio Cáceres Toro; Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2006, exp. 25000-23-25-000-2001-09331-01(2294-05), C.P. Tarcisio Cáceres Toro; Subsección B, sentencia del 19 de julio de 2007, exp. 25000-23-25-000-2002-06813-01(6813-05), C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; y Subsección A, sentencia del 7 de noviembre de 2013, exp. 08001-23-31-000-2009-00907-01(0643-13), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

pronunciamiento del 21 de junio de 2018[17]:

> *"Ahora bien, frente al reconocimiento efectuado por el tribunal de instancia respecto de los intereses generados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, esta Sala de Subsección se permite precisar que no le asiste razón al a quo, debido a lo anteriormente ilustrado y en consideración* ***a que trascurrió tan solo un mes*** *entre el acto administrativo que reconoció el derecho y el que ordenó el pago, evidenciándose un lapso mínimo, prudente y proporcional, teniendo en cuenta la magnitud de los trámites económicos y administrativos para culminar el proceso de homologación y nivelación salarial.*
>
> *En efecto, ninguna de las entidades accionadas incurrió en mora, puesto que no existe como tal la causación de unas sumas que por lo demás nunca se adeudaron."*

En sentencia del 23 de agosto de 2018[18], sobre el término racional para el pago, señaló:

> *"Ciertamente, no se comparte la decisión adoptada por el Tribunal de instancia en la sentencia objeto de censura, en el sentido de reconocer los intereses legales equivalentes al 6% anual, causados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, en cuanto al revisar lo realizado, solo* ***transcurrió poco más de un mes****, entre la expedición del acto que le reconoció el derecho a la demandante (Resolución 05011 del 20 de noviembre de 2012) y el acto que ordenó el correspondiente pago (Resolución 05602 del 26 de diciembre de 2012); considerándose un término racional por parte de la administración, para cumplir con la obligación del pago retroactivo ante la homologación y nivelación realizada en la planta de personal administrativo y que no acarrea una sanción para las entidades públicas demandadas. Así las cosas, no se accederá al reconocimiento de intereses causados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, a contrario sensu de lo dispuesto por el Tribunal en el curso de la primera instancia."*

En el caso bajo estudio, los pagos realizados con ocasión de los valores reconocidos en la Resolución 2044-6 de 22 de marzo de 2013, fueron efectuados con posterioridad a su ejecutoria, situación que en otros asuntos análogos ha dado lugar a que este Tribunal ordene la indexación de dichos valores entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento y la fecha de pago.

Sin embargo, cabe advertir que en el presente asunto el pago fue efectuado el 15 de abril de 2013 y la Resolución No. 2044-6 fue emitida el 22 de marzo de 2013, es decir, que no transcurrió más de un mes, entre la fecha del reconocimiento y la fecha de pago, tiempo que resulta prudencial, proporcionado y necesario para la administración culminar el proceso de homologación y nivelación salarial y realizar las gestiones para el pago, situación que impide la indexación de dichas sumas.

3. Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que no es procedente ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios por concepto del supuesto pago tardío de la homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, deben ser negadas las pretensiones de la demanda.

Además, teniendo en cuenta que no transcurrieron más de un mes, entre la resolución que reconoce el retroactivo por homologación y la indexación y la fecha del pago del mismo, el

---

[17] Sección Segunda. Sentencia, Rad: 73001-23-33-000-2014-00251-01(2121-15)
[18] Sección Segunda. Subsección B. Rad.: 73001-23-33-000-2014-00403-01(4589-15)

Tribunal se abstiene de ordenar una actualización.

4. Costas en primera instancia

Conviene precisar que a voces del artículo 188 del CPACA, "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*"; y comoquiera que en el presente proceso se planteó un interés particular (en tanto no se trata del medio de control de simple nulidad, repetición, defensa de intereses colectivos etc., sino del de nulidad y restablecimiento del derecho), la conclusión apunta a que en la sentencia, tal y como se hizo en su momento, ciertamente resultaba procedente la decisión o pronunciamiento sobre la condena en costas.

El *a quo* en atención a la actividad desplegada por la parte accionada dentro del trámite procesal procedió a fijar las agencias en derecho a cargo de la demandante. En efecto, revisadas las actuaciones realizadas en el proceso, – en lo que al trámite de la primera instancia se refiere-, se considera que las agencias que se fijaron a favor de la parte demandada, están debidamente justificadas por la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por las apoderadas de la parte demandada; así mismo, en atención a la cuantía de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

En tales condiciones, se confirmará la sentencia proferida.

5. Costas en esta instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte actora, en favor de la entidad demandada Nación- Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por no prosperar el recurso de apelación interpuesto y además teniendo en cuenta que la parte demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente durante el trámite de esta instancia.

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija una suma equivalente al 5% del valor de las pretensiones de la demanda, a cargo de la parte actora y a favor de las entidades demandadas por partes iguales. Según lo dispone el artículo 366 del CGP, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

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,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida el trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió **Amparo Vargas Toro** contra la **Nación- Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.**

Segundo. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte actora, las cuales serán

liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, por lo brevemente expuesto. **FÍJASE** suma equivalente al 5% del valor de las pretensiones de la demanda, a cargo de la parte actora y a favor de la **Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado
(SALVA VOTO)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

A.I. 161

Medio de Control:	Reparación Directa
Radicado:	17-001-33-33-003-2013-00256-02
Demandante:	Jorge Humberto Gallego y otros
Demandado:	Municipio de Manizales y otros

1. ASUNTO

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por Corpocaldas, contra el auto mediante el cual se admitió el llamamiento en garantía.

2. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Señaló que de conformidad con el artículo 225 del CPACA, el llamamiento en garantía formulado por el municipio de Manizales era procedente y cumplía los requisitos formales y sustanciales prescritos en la norma y jurisprudencia; ademas que, se allegó copia del Acuerdo 0737 del 21 de diciembre de 2009 *"Por medio del cual se establece una sobretasa sobre el avalúo de bienes que sirven de base para liquidar el impuesto predial en el municipio de Manizales"*.

3. LA APELACIÓN

Corpocaldas en síntesis afirmó que, era improcedente el llamamiento en garantía ante la inexistencia de relación contractual o legal, en cuanto concierne al tema objeto de la controversia jurídica. Que la relación de Corpocaldas frente de la problemática objeto de reparación, no surge de ninguna manera de ser destinataria de los dineros de una sobretasa.

Agregó que el llamamiento fue formulado en el término de traslado de la reforma de la demanda, más no en el término de traslado del escrito inicial, lo que evidencia la extemporaneidad de su formulación, dado que la reforma no se sustentó ni siquiera se refirió a la indebida destinación de los recursos de la sobretasa ambiental, en la que el

municipio de Manizales sustenta probatoriamente la afirmación del deber de responder de Corpocaldas frente a dicha municipalidad.

El *a quo* concedió el recurso de apelación, luego de verificar su procedibilidad.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto. Además es procedente, por cuanto el auto objeto de recurso es apelable, en virtud con lo dispuesto por el artículo 226 *ibídem*.

A su vez, según lo dispuesto en el artículo 125[1] *ibíde*m, el magistrado ponente es competente para dictar los autos interlocutorios o de trámite en los asuntos de su conocimiento en segunda instancia, salvo los casos contemplados en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243[2] *ejusdem*, dentro de los cuales no se encuentra la providencia que decide sobre la intervención de terceros, de ahí que el Despacho resuelva este asunto.

4.2. Problema jurídico

En virtud a lo expuesto, la Sala se ocupará de analizar si era o no procedente admitir el llamamiento en garantía formulado por el municipio de Manizales frente a Corpocaldas.

4.3. Fundamentos jurídicos

En cuanto al llamamiento en garantía, el artículo 225 del CPACA señala:

> ***"Quien afirme*** *tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*
> *"(…).*
> *"El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:*

---

[1] "*Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica*".

[2] "*Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:*
"*1. El que* ***rechace la demanda***.
"*2. El que* ***decrete una medida cautelar*** *y el que* ***resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato*** *en ese mismo trámite.*
"*3. El que* ***ponga fin al proceso***.
"*4. El que* ***apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales*** *(…)*" (se destaca).

> *"1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*
> *"2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*
> *"3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.*
> *"4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.*
> *"El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen."*

En idéntico sentido, el artículo 64 del CGP prescribe que: *"**Quien afirma** tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte…"*

Por tanto, para formular la solicitud de llamamiento de garantía, basta con la manifestación fundada de que existe una relación legal o contractual, sin que para su trámite se requiera la prueba de esa relación, pero sí para decidirlo de fondo. Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha considerado:

> *"(…) A pesar de que la nueva regulación del llamamiento establece que **basta con la afirmación para que sea procedente**, ello no significa que en los fundamentos de hecho y de derecho expresados en la petición de llamamiento en garantía no se argumente en forma seria y justificada la razón por la que se está llamando a un tercero al proceso, pues la solicitud de vinculación no puede ser caprichosa y puede ser susceptible de control, esto con el objeto de no incurrir en temeridad cuando se eleve tal solicitud (…)"*[3].

De acuerdo con lo anterior, la solicitud de llamamiento en garantía no requiere la prueba del vínculo legal o contractual, sino que basta con la manifestación razonada y seria de que dicha relación existe, por manera que, el análisis sobre la existencia o no del vínculo alegado no será presupuesto para tramitarlo, pero sí para decidirlo de fondo, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en múltiples providencias[4].

---

[3] Sección Tercera, auto del 29 de enero de 2016, expediente 66001233300020120014701.

[4] Ver, entre otras, las siguientes providencias proferidas por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: i) auto de ponente del 1º de diciembre de 2017, expediente No. 57.682 y ii) auto de ponente del 17 de enero de 2018, expediente No. 59.612, M.P. María Adriana Marín. La Subsecciones B y C de la Sección Tercera también comparten el mismo criterio: i) auto de ponente del 2 de diciembre de 2019, expediente No. 65.220, M.P. Ramiro Pazos Guerrero; ii) auto de ponente del 14 de diciembre de 2018, expediente No. 59.557, M.P. Ramiro Pazos Guerrero; iii) auto de ponente del 10 de diciembre de 2019, expediente No. 62.907, M.P. Guillermo Sánchez Luque y iv) auto de ponente del 23 de octubre de 2019, expediente No. 61.372, M.P. Guillermo Sánchez Luque.

En efecto, el Consejo de Estado[5] ha señalado que allí radica la gran diferencia entre la regulación de la figura procesal del llamamiento en garantía establecida en el CPACA con la contemplada en el CCA, la cual no puede pasar desapercibida. Pues bien, con la legislación anterior (CCA), para realizar la solicitud de llamamiento en garantía no bastaba con la mera afirmación de que existía un vínculo legal o contractual para exigir a un tercero el respectivo reembolso, sino que dicha relación debía acreditarse al menos con prueba sumaria[6]; mientras que con el CPACA, tal como se indicó en precedencia, para realizar el correspondiente llamamiento en garantía ya no se requiere la prueba del derecho legal o contractual con el fin de acreditar de que tal relación existe, pues aquello constituye un presupuesto para resolverlo de fondo, mas no para darle trámite, en razón a que, para gestionar dicha solicitud, únicamente basta con la afirmación de la existencia del referido vínculo.

En ese contexto queda claro que, en vigencia del CPACA, para dar trámite a la solicitud de llamamiento en garantía que se realice, simplemente basta con la afirmación de que existe un derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir el llamante, es decir, que de entrada no se requiere la prueba del vínculo alegado, por cuanto esto último deberá ser debatido cuando se decida de fondo la correspondiente petición.

4.4. Caso concreto

En el presente asunto, el municipio de Manizales fundamentó el llamamiento en garantía a Corpocaldas en: las funciones establecidas en el artículo 30 y 31 de la Ley 99 de 1993 y el Acuerdo 0737 del 21 de diciembre de 2009 *"Por medio del cual se establece una sobretasa sobre el avalúo de bienes que sirven de base para liquidar el impuesto predial en el municipio de Manizales"*, el cual se encontraba vigente para la época en que ocurrieron los hechos que la parte demandante señala como causantes del daño, esto es, los días 21 de marzo y 13 de abril de 2011.

---

[5] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de ponente del 4 de febrero de 2019, expediente No. 60.754.

[6] En cuanto a los requisitos que debe contener la solicitud del llamamiento en garantía en vigencia del CCA, la jurisprudencia de esta Corporación sostenía: "*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, la parte demandada puede, durante el término de fijación en lista, denunciar el pleito, llamar en garantía o presentar demanda de reconvención, siempre que ello sea compatible con la índole o la naturaleza de los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ahora bien, la intervención de terceros en los procesos que se adelantan ante esta Jurisdicción, en virtud de las figuras de la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía, no cuentan con una regulación especial en el Código Contencioso Administrativo, por lo cual deben aplicarse las disposiciones que sobre la materia contiene el Código de Procedimiento Civil en los artículos 54, 55, 56 y 57, por disposición expresa del artículo 267 del primero de los Estatutos referidos (…) Con fundamento en lo anterior, se precisa entonces que* ***la procedencia del llamamiento en garantía está condicionada a que se encuentren acreditados los requisitos de forma previstos por el artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, al igual que debe estar acreditado, al menos sumariamente, el vínculo jurídico, legal o contractual, que faculta al demandado para llamar en garantía a un tercero*** *(…), requisitos éstos que, en todo caso, no se satisfacen con el escrito serio, razonado y justificado de la contestación de la demanda*" (se destaca) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de ponente del 24 de septiembre de 2015, expediente No. 49.346, M.P. Hernán Andrade Rincón).

Ahora, vistos los argumentos expuestos por el recurrente, estos se circunscriben en cuestionar o definir el alcance del Acuerdo 0737 del 21 de diciembre de 2009 y su relación con los hechos que en la demanda se señalan como causantes del daño, en cuanto considera que, la relación de Corpocaldas frente de la problemática objeto de reparación, no surge de ninguna manera de ser destinataria de los dineros de una sobretasa.

Como se vio en el acápite que antecede, para dar trámite a la solicitud de llamamiento en garantía con el CPACA, **simplemente basta que el llamante afirme tener un vínculo legal o contractual** de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de una sentencia condenatoria.

En este caso, el municipio de Manizales fundó el llamamiento en un vinculo legal derivado de las funciones otorgadas a Corpocaldas en la Ley 99 de 1993 y las obligaciones derivadas del Acuerdo 0737 del 21 de diciembre de 2009, cuestiones suficientes para concluir que el llamamiento en garantía cumplía con las exigencias del artículo 225 del CPACA para darle el correspondiente trámite.

Ademas, conforme a la actual posición del Consejo de Estado descrita en el acápite anterior, el análisis sobre la existencia o no del vínculo alegado no es presupuesto para admitir y tramitar el llamamiento en garantía, pues ello se debe analizar y resolver en la sentencia.

Así, los argumentos expuestos por el recurrente hacen referencia precisamente a aspectos que deben ser resueltos al desatar el fondo del asunto y no al momento de dar inició al trámite del llamamiento, pues se refieren al alcance de las funciones legales y las obligaciones asumidas, así como su relación o incidencia con los hechos causantes del daño.

En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado en providencia del 27 de febrero de 2020[7], al señalar que:

> *Dicho de otra manera, para proveer sobre la admisión de la solicitud de llamamiento en garantía no se requería de un estudio sobre lo pactado en la póliza de seguro de manejo global bancario –como lo hizo el tribunal a quo-, pues el CPACA* ***ni siquiera exige prueba del vínculo contractual o legal para tramitar el escrito de llamamiento en garantía, tanto que la existencia de esa relación es un asunto que debe debatirse al momento de decidir de fondo****, dado que, como ya se advirtió, para dar trámite a la referida petición únicamente basta con la* ***simple afirmación*** *del llamante de tener un derecho legal o contractual para exigir al tercero (llamado) la reparación del*

[7] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 25000-23-36-000-2018-00177-01(64840)

perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

Por otra parte, señala el apelante que el llamamiento en garantía se presentó con la contestación a la reforma de la demanda, más no en el término de traslado del escrito inicial, lo que evidencia la extemporaneidad de su formulación, dado que la reforma no se sustentó ni siquiera se refirió a la indebida destinación de los recursos de la sobretasa ambiental.

Al respecto debe precisarse que, el CPACA sobre la oportunidad que tiene el demandado para formular el llamamiento en garantía, señala que debe formularse dentro del termino del traslado de la demanda, así:

Artículo 172. Traslado de la demanda. *De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas,* ***llamar en garantía****, y en su caso, presentar demanda de reconvención.*

Por su parte, el articulo 173 *ibídem* regula el tramite de la reforma de la demanda, pero no indica los actos que puede ejercer el demandado durante su traslado, al señala:

"Artículo 173. Reforma de la demanda. *El demandante podrá adicionar, aclarar o modificar la demanda, por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:*

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

Así, este articulo solamente reguló la forma de notificación y el término de traslado de reforma a la demanda, por lo que los actos que puede realizar el demandado en dicho traslado se rigen por el articulo 172.

Por lo tanto, en el traslado de la reforma de la demanda, el demandado puede hacer uso de las mismas prerrogativas indicadas en el articulo 172, esto es: "*contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas,* ***llamar en garantía****, y en su caso, presentar demanda de reconvención".* Se precisa ademas que del citado articulo 173 no se infiere que el llamamiento en garantía que se formule en este nuevo traslado deba derivarse o tener fundamento en los aspectos contenidos en la reforma de la demanda.

Ahora bien, revisado el pronunciamiento del Consejo de Estado - Radicación número: 25000-23-36-000-2016-02613-01(61201) traído a colación por la apelante, se observa que allí no se analizó la imposibilidad de formular el llamamiento en garantía en el traslado de la reforma de la demanda, sino la forma de computar el término de traslado de la

demanda cuando se notifica por conducta concluyente; por lo tanto no es posible tenerlo en cuenta para resolver el presente asunto.

Con base en lo expuesto se concluye que, el demandado si puede formular el llamamiento en garantía en el término de traslado de la reforma de la demanda y por lo tanto en el presente asunto este no fue extemporáneo.

Por lo anterior se confirmara la decisión apelada.

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR el auto proferido el 8 de julio de 2019, por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales.

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

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

A.I. 162

Radicación:	17 001 33 31 003 2014 00190 02
Clase:	Ejecutivo
Demandante:	Recolectora de Papeles Metales Y Cía.
Demandado:	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Dian

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la ejecutante contra el auto mediante el cual se negó parcialmente el mandamiento de pago.

I. ANTECEDENTES

1. EL AUTO APELADO[1]

El Juzgado Tercero Administrativo de Manizales en providencia del 3 de febrero de 2020 dispuso librar mandamiento de pago, pero en forma diferente a la solicitada, pues se abstuvo de ordenar el pago de las diferencias existentes entre la liquidación privada del impuesto sobre las ventas el período gravable correspondiente segundo bimestre del año 2012 y la liquidación oficial de revisión Número 102412013000082 del 10 de diciembre de 2013 con sus respectivos intereses liquidados conforme al Estatuto Tributario – ET.

Lo anterior por cuanto consideró que, la sentencia que sirve de título ejecutivo, no ordenó la devolución del saldo a favor que existiese con la declaratoria de nulidad de la liquidación oficial de revisión; que la única condena impuesta respecto a alguna suma de dinero fue la condena en costas que se impuso en primera y segunda instancia.

2. LA APELACIÓN

La ejecutante señalando que, el despacho fundamenta la negativa a proferir el mandamiento de pago argumentando que al no haberse ordenado la devolución del saldo a favor expresamente en la providencia judicial base de la ejecución, implica que ésta no sirve como título ejecutivo; criterio que considera errado pues, la sentencia sí señaló que, a título de restablecimiento del derecho se dejaba en firme la declaración de impuestos a las ventas del segundo bimestre del año gravable 2012, luego es preciso acudir a esta última para concluir que sí se está en frente un título ejecutivo.

Considera que, la providencia judicial base de la ejecución no tenía que ordenar la devolución de saldos a favor, para que contribuyente tuviese derecho a solicitarlo, pues el artículo 850 del ET es claro en señalar que es un derecho del contribuyente y un deber de la administración devolver los saldos a favor; luego si la providencia judicial declaró la

[1] Fls. 14-20 C.1

firmeza del denunció privado, es inexorable concluir que estaba ordenando acatar lo que en él constaba, por ende considera que constituye un título ejecutivo a través del cual se debe ordenar a la administración fiscal el pago de las obligaciones que constan en la declaración tributaria incluidos los intereses corrientes y de mora.

Señala ademas que, junto con la demanda ejecutiva se aportó reciente mandamiento de pago librado por el Tribunal Administrativo de Caldas entre las mismas partes, con la misma causa y objeto y el *a quo* no se sujetó a dicho precedente, incumpliendo la carga argumentativa para apartarse del mismo.

II. CONSIDERACIONES

1. Procedencia del recurso de apelación y competencia de la ponente para conocerlo

De conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 321[2] del CGP[3], el recurso de apelación procede contra el auto que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago. En este caso, dicho recurso se interpuso de manera oportuna y fue debidamente sustentado, en los términos del artículo 322 inciso segundo[4] *ejusdem*.

En relación con la competencia para el conocimiento del proceso ejecutivo y su trámite, el artículo 299 del CPACA dispone en su inciso segundo que "[l]*as condenas impuestas a entidades públicas consistentes en la liquidación o pago de una suma de dinero serán ejecutadas ante esta misma jurisdicción según las reglas de competencia contenidas en este Código*".

En consecuencia, debe acudirse a las normas de competencia previstas en el CPACA y, únicamente en relación con los aspectos no regulados en este, de conformidad con la remisión de su artículo 306, se aplicarán las normas referidas a la ejecución de providencias contenidas en el CGP[5].

Así las cosas, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 125[6] y 150[7] del CPACA, el ponente es competente para resolver la apelación del auto que deniega el mandamiento

---

[2] "*Artículo 321. Procedencia. Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad. También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:*
(…)
4. El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo".

[3] El trámite del proceso ejecutivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se encuentra regulado por el Código General del Proceso, por virtud de lo previsto en el artículo 306 del CPACA, que establece que en los aspectos no regulados por dicho cuerpo normativo, "*se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*".

[4] *"Artículo 322. Oportunidad y requisitos. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:*
(…)
La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado".

[5] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sala Plena. Auto de unificación del 29 de enero de 2020. Exp. 63931.

[6] "*Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica*".

de pago, por tratarse de uno de aquellos autos que no se encuentran enunciados en los numerales uno a cuatro del artículo 243 *ibídem*.

En idéntico sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, entre otras, en providencia del 15 de mayo de 2020[8].

2. Problema jurídico

Para establecer si se debe o no revocar la decisión, resulta necesario resolver el siguiente interrogante:

¿*La sentencia del 26 de agosto de 2016 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales confirmada por la sentencia del 29 de noviembre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas constituyen un título ejecutivo que permita proferir mandamiento de pago respeto de las diferencias existentes entre: la liquidación privada del impuesto sobre las ventas el período gravable correspondiente segundo bimestre del año 2012 y la Liquidación Oficial de revisión con sus respectivos intereses?*

3. Análisis

El artículo 422 del Código General del Proceso - CGP establece que el título ejecutivo debe (i) estar contenido en un documento, (ii) el cual debe provenir del deudor o su causante o constituir plena prueba en su contra y (iii) contener una obligación expresa, clara y exigible[9].

Constituyen título ejecutivo, las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.[10]

En el expediente consta que, la sentencia del 26 de agosto de 2016 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales confirmada por la sentencia del 29 de noviembre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en lo pertinente resolvió lo siguiente:

> *"PRIMERO: DECLARAR La nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412013000082 del 10 de diciembre de 2013 emitida por la DIAN - Seccional Manizales***.**
>
> *SEGUNDO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho DECLARAR en firme la declaración privada del impuesto sobre las ventas del período gravable correspondiente al*

---

[7] *"Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencia dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio impugnación (…)"*.

[8] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P: María Adriana Marín. Radicación: 47001-23-33-000-2017-00381-01(61627)

[9] *"ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184"*.

[10] C.F ART. 297 CPACA

segundo (2º) bimestre del año 2012, presentada por la sociedad RECOLECTORA DE PAPELES METALES Y CIA ". (Fl 38 C 1)

Como puede observarse, la sentencia únicamente resolvió sobre la legalidad de la liquidación oficial proferida en el proceso de fiscalización y como lo indicó el *a quo,* nada ordenó en cuanto a la devolución de diferencias existentes entre la liquidación privada del impuesto y la liquidación oficial de revisión anulada. Ademas que no fue solicitado en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, como se aprecia en la síntesis de la demanda *(Fl 24 Vto. C 1).*

Así, lo cierto es que la sentencia del 26 de agosto de 2016 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales confirmada por la sentencia del 29 de noviembre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas no constituyen un título ejecutivo que habilite el mandamiento de pago de las diferencias existentes entre la liquidación privada del impuesto sobre las ventas el período gravable correspondiente segundo bimestre del año 2012 y la liquidación oficial de revisión Número 102412013000082 del 10 de diciembre de 2013 con sus intereses, porque no realizaron ningún pronunciamiento directo, expreso y concreto frente a estas obligaciones.

En asunto similar al aquí expuesto, se pronuncio el Consejo de Estado[11] señalando que:

"Así, aunque la declaración de nulidad de la liquidación oficial incida en el procedimiento de devolución, lo cierto es que la sentencia del 16 de junio de 2011 no es un título ejecutivo que habilite el mandamiento de pago de intereses por el retardo en la devolución del saldo a favor ***porque no realizó ningún pronunciamiento directo, expreso y concreto frente a la obligación de reintegro.*****"** (Se resalta)

En éste orden de ideas se concluye que, el *a quo* no vulneró ningún derecho o principio constitucional con su decisión, puesto que no realizó un examen irreflexivo del cumplimiento de requisitos formales, sino que al no existir una obligación clara y expresa a cargo de la entidad demandada, no es procedente la ejecución por imposibilidad fáctica y jurídica.

De otro lado, la sociedad demandante afirma que la decisión del *a quo* omitió analizar que junto con la demanda ejecutiva se aportó reciente mandamiento de pago librado por el Tribunal Administrativo de Caldas entre las mismas partes, con la misma causa y objeto; al respecto basta señalar que, tal pronunciamiento no constituye precedente para resolver este asunto, pues, en aquel caso, a diferencia de este, en la sentencia base de la ejecución si se ordenó expresamente a la DIAN:

*"…****la devolución del saldo a favor*** *contenido en la declaración privada correspondiente al año gravable 2011 del Impuesto sobre la Renta y Complementarios presentado por la sociedad demandante por valor de $ 69.369.000 más los intereses moratorios a que haya lugar conforme lo regula el artículo 863 del Estatuto Tributario".* (Fl 99 C 1).

Lo anterior, ratifica la postura que aquí se asume.

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

---

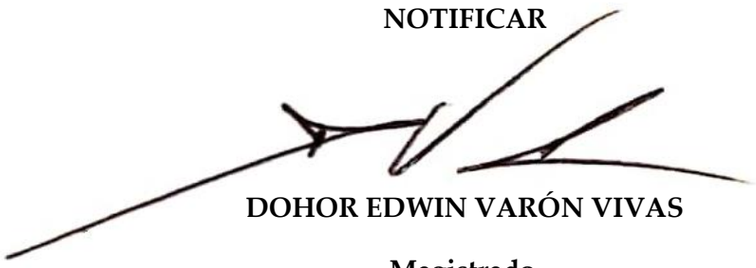
[11] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, 6 de diciembre de 2017. Radicación: 25000-23-27-000-2008-00186-02(23045)

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto interlocutorio proferido el 3 de febrero de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales.

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

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 258

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-33-003-2018-00345-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Rubiela Salazar Alzate
Accionado	Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio y Departamento de Caldas

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

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 7803-6 de 12 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 mesa 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 negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas entre otras, la Ley 71/78; 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 del 93

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM**, no contestó la demanda

El **departamento de Caldas - Secretaria de Educación**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas *´FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA´* mencionando que el FNPSM fue creado para encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos a nivel nacional. *INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS DESCUENTOS EN SALUD RÉGIMEN DOCENTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO`* por cuanto, de acuerdo con la Ley 9 de 1989 el FNPSM tiene como objetivo garantizar la prestación de los servicios médicos asistenciales a sus afiliados y para ello se financia con un aporte que se realiza de todas las mesadas que paga el fondo incluidas las adicionales. *´BUENA FE´* por cuanto siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumplimiento de los términos en la expedición de los actos administrativos; *´PRESCRIPCIÓN´*, de conformidad con los Decretos 3135/68 y 1848/69.

1. Sentencia de primera instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión al régimen prestacional docente a las normas de la Ley 100 de 1993 se concreta al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el articulo 204 de la Ley 100 de 1993 la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

En cuanto a los descuentos sobre las mesadas adicionales señaló que, si la vinculación del docente es anterior al 27 de junio de 2003 deben realizarse los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pero si el docente pensionado se vinculó después de esta fecha no son procedentes los descuentos. Que la demandante se vínculo

con el Magisterio antes del 27 de junio de 2003 y por ello resultan procedente los descuentos que se vienen realizando en las mesadas adicionales.

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que este esta dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Con apoyo en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994 expuso que, con el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no se vulneran los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

2. 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 la 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.

3. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación.

La parte demandada y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

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 la 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?

1. 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.

1.1. Lo probado

- Mediante Resolución 5175 de 1 de septiembre de 2010 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante. (Fol. 39-40 C.1)

- La demandante mediante escrito radicado 26 de septiembre de 2017 ante la Nación –Ministerio de Educación Nacional –FNPSM, solicitó 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. (Fol. 32-36 C.1)

- A través de la Resolución 7803-6 de 12 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado. (Fol. 41-42 C.1)

1.2. 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".*

1.3. 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 1976[1], determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

[1] 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."*

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988[2] 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 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 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, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

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

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

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 1994[3], 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*

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

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:

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

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

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

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

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

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

De otro lado, la Ley 238 de 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 parágrafo:*
>
> *"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los* ***beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".***

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 Estado[4], 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.° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[…]*
>
> *En esas condiciones,* ***no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una***

[4] 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).

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 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**"[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 salarió 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 salarió 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**."*

1.4. 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 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.

2. **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. Ademas, 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.

2.1. 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 vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional[5] expresó:

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

[5] Sentencia T-835 de 2014.

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

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

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución…". (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 Estado[6], 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%* |

[6] 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, Articulo 7, 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 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 Estado[8] 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.

[7] Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.
[8] Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

> *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.

2.2. Análisis

Mediante Resolución 5175 de 1 de septiembre de 2010 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante, efectiva a partir del 20 de abril de 2010; se indica que su vinculación al servicio docente fue el 26 de marzo de 1973 y se dispuso realizar descuentos de cada mesada pensional del 12,5% y a partir del primero de diciembre del 2008, el 12%.

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, 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.

2.3. 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.

3. Costas

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, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 12 de julio de 2019 emanada del Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Rubiela Salazar Alzate 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, por lo brevemente expuesto.

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. 034 de 2020.

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 UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

A.I. 163

Medio de Control:	Electoral
Radicado:	17-001-33-31-003-2020-00024-01
Demandante:	Stefania Giraldo González
Demandado:	Escuela Superior de Administración Pública - ESAP y otros

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra el auto que negó la medida cautelar de suspensión provisional solicitada.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La demandante en síntesis solicita se declare que, es nula la Resolución 03 de 10 de enero de 2020 suscrito por el Concejo Municipal de Pacora – Caldas, por medio del cual se declaró la elección de Nataly Nieto Pérez como personera municipal para el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2020 y el 29 de febrero de 2024 y el acta de posesión 02 del 23 de enero de 2020, en tanto se citó y aplicó prueba de entrevista solo a algunos de los inscritos en la convocatoria del concurso.

Que en consecuencia, se dejen sin efecto los actos realizados dentro del concurso, desde el acto de citación a pruebas de entrevista inclusive y se ordena al Concejo citar y aplicar la prueba de entrevista con todos los inscritos al proceso convocado, que tengan un puntaje aprobatorio superior o igual a 36 puntos, de acuerdo con la inscripción realizada el 1º de noviembre 2019 y los resultados obtenidos en las demás pruebas.

Que en consecuencia se ordene a la ESAP la remisión de los listados de inscritos completos, que incluyan la inscripción realizada desde el 1º de noviembre de 2024 en

cumplimiento de la orden del Juzgado 14 Administrativo de Tunja confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, los resultados de las pruebas de conocimientos, de antecedentes y de comportamiento. Y en consecuencia que el nombrado cese de inmediato en el ejercicio del cargo.

1.2. Hechos

Señala en síntesis que, el Concejo de Pacora suscribió el convenio interadministrativo con la ESAP para adelantar el concurso público y abierto de méritos para la elección de personero municipal; que a su turno el Concejo suscribió la convocatoria señalando las normas que rigen el concurso.

Que la ESAP dispuso en su aplicativo web de inscripción y cargue de documentos, la imposibilidad de inscribirse a más de un municipio, sin que el Concejo accediera a ello en la convocatoria o en alguno de los documentos que obligue a los aspirantes a tal disposición.

Que por los anteriores hechos fueron radicadas varias acciones de tutela, dentro de ellas la del señor Lelian Stale Briceño Amezquita que correspondió al Juzgado 14 Administrativo de Tunja, quien el 30 de septiembre de 2019 tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a los cargos públicos, ordenando al director de la ESAP que en el término de 48 horas permitiera a los participantes inscritos la posibilidad de manifestar su voluntad de inscribirse a otros municipios, habilitando para ello la plataforma de inscripción por el término mínimo de 24 horas.

Que la ESAP permitió el 1º de noviembre de 2019 y por 24 horas la inscripción de los aspirantes que ya se habían inscrito a un municipio, a más municipios del mismo departamento.

Que por similares hechos, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió negativamente la apelación de una sentencia de tutela el 5 de noviembre 2019, en la que se afirma que la ESAP sí estaba facultada para limitar la inscripción a un solo cargo, para ello trajo a colación una sentencia de la Corte Constitucional.

Que por lo anterior, la ESAP dejó sin efectos en su plataforma, las inscripciones realizadas el 1º de noviembre de 2019 que fueron ordenadas por el Juzgado 14 Administrativo de Tunja. Que ademas apeló esta sentencia y el Tribunal Administrativo de Boyacá el 19 de noviembre tuteló con el efectos *inter communis* el derecho fundamental del debido proceso del accionante, cómo de los demás inscritos al concurso de méritos y confirmó en lo demás la decisión.

Que el pasado 1º de noviembre se aplicaron las pruebas de conocimiento y competencias laborales y se publicaron los resultados donde las pruebas de conocimiento tienen carácter eliminatorio; qué la ESAP aprovechó la vacancia judicial para instar a los consejos municipales a citar a entrevistas, conformar la lista de elegibles y elegir personeros antes del 10 de enero. Que el Concejo hizo caso omiso a la información que daban cuenta de las sentencias y siguió adelante con el proceso de elección.

Medio de Control: Electoral
Radicado: 17-001-33-31-003-2020-00024-0

Que la demandante presentó prueba escrita y obtuvo un puntaje superior a 36 puntos aprobatorios, por lo que la pone en una situación especial de protección por haber superado ya los filtros del concurso.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Estimó que los actos cuya nulidad solicita son contrarios a la Constitución y la ley por lo siguiente:

Señaló que, la violación al debido proceso se concreta en que, el proceso de elección de personero municipal esta reglado en la Constitución y el Decreto Ley 1083 de 2015 que coinciden en determinar que solo el Concejo Municipal ostenta la facultad de elegir al personero municipal a partir de un concurso de méritos, que puede ser apoyado y no sustituido en su papel de dirección; papel que fuera usurpado por la ESAP y regresado al Concejo Municipal por las autoridades judiciales, sin que a la fecha pueda verificarse el cumplimiento de tal orden.

Que se vulnera el principio de buena fe por el hecho de que la ESAP y el Concejo siguieron adelante el proceso de elección, sin verificar la inclusión de todos los inscritos al concurso que obtuvieron un puntaje aprobatorio. Además que, la mala fe la ESAP es manifiesta cuando mediante oficios enviados al correo electrónico de la duma municipal, entregó instrucciones de hacer caso omiso a la solicitud de suspensión, directriz que el Concejo siguió específicamente, causando la violación flagrante de los derechos de los demás concursantes.

Que se vulneró el artículo 86 de la Constitución en tanto el Juzgado 14 Administrativo de Tunja ordenó recibir las inscripciones a los demás municipios por cuanto tal limitación no aparecía escrita en documento alguno y que sólo obedeció al capricho de la ESAP quién de forma unilateral y sin autorización u orden del Concejo dispuso una nueva regla que limitó la participación de los concursantes en otras convocatorias, cuando su papel es de acompañamiento, asesor u operador del concurso y no de dirección.

Que a pesar de existir una sentencia en firme, no ha sido suficiente para lograr la protección inmediata de sus derechos al punto de haber pasado meses desde la orden judicial sin que se haya logrado su cumplimiento.

Por idénticas razones señaló vulnerados los artículos 125 y 313 de la Constitución, así como los artículos 2.2.27.1, 2.2.27.2, 2.2.27.4, 2.2.27.6 del Decreto 1083 de 2015, y la sentencia C-105 de 2013.

2. Solicitud de suspensión provisional

La demandante en escrito separado y con fundamento en los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, como medida cautelar solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 03 de 10 de enero de 2020 y el acta de posesión 02 del 23 de enero de 2020 suscrito por el Concejo Municipal de Pacora – Caldas.

Medio de Control: Electoral
Radicado: 17-001-33-31-003-2020-00024-0

En sustento de lo anterior, reprodujo los cargos de violación desarrollados en la demanda.

3. Decisión objeto de apelación

A través de auto del 2 de marzo de 2020, el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales admitió la demanda únicamente respecto a la nulidad de la Resolución 03 de 10 de enero de 2020 por medio del cual se declara la elección de Nataly Nieto Pérez como Personera municipal para el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2020 y el 29 de febrero de 2024, en atención a que el acto de posesión es un acto de ejecución no pasible de control jurisdiccional.

De otro lado, a través de dicha providencia negó la medida cautelar de suspensión provisional al considerar que: d*e entrada no se evidencia que el acto enjuiciado contrarió tajantemente lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 en tanto no logra demostrar con suficiente claridad que el Concejo Municipal de Pacora hubiesen violado sus competencias legales al citar y aplicar la prueba de entrevista solo a algunos los participantes en la convocatoria para acceder al cargo de personero municipal."*

Que el ataque en contra de la legalidad del acto se erige en que con la limitación para el acceso a la entrevista se violó la ley del concurso de méritos, por cuanto no se permitió que todos los participantes accedieran a la mentada entrevista *"pero esta situación no se deduce del análisis inicial de la demanda".*

> *Que de la primera lectura que se hace de la Resolución 040 del 2 de agosto de 2019 por medio de la cual se convoca al concurso público y abierto de méritos para selección de personero municipal se evidencia que en su artículo 19 se dispuso que la prueba de conocimientos tendría un carácter eliminatorio y que quienes no la superan quedarían por fuera del proceso de selección y por ende no se evaluarían las siguientes etapas del proceso.*
>
> *En este sentido el despacho estima que la parte actora no ha logrado demostrar por este cargo la clara violación de las normas en que el acto administrativo debía fundarse dado que, no muestra de manera clara y lógica qué hubiese superado la prueba de conocimientos y que en virtud de sus derechos no hubiese sido convocada.*
>
> *A la anterior conclusión se llega, no porque esta situación no se hubiese presentado sino porque estando en una instancia de verificación de procedencia o no de la medida cautelar, la situación debió ser expuesta con absoluta claridad por la accionante, sin que el despacho tenga que realizar un estudio pormenorizado y profundo de las pruebas que aporta – sumaria - pues este ejercicio es propio de la sentencia que pone fin al proceso.*

En cuanto al segundo aspecto irregular descrito por la demandante, referido a que el concurso de méritos fue limitado por la ESAP, al no permitir a los participantes la inscripción en otras convocatorias, estimó que *no dilucida de manera clara* la forma en que *esta presunta situación viola de manera flagrante las normas jurídicas en que se debía fundar.*

Medio de Control: Electoral
Radicado: 17-001-33-31-003-2020-00024-0

Es decir, para la procedencia de la medida cautelar por este aspecto, la demandante debió establecer de manera clara y categórica la forma en que la situación de hecho -presuntamente ocurrida- viola las normas del derecho invocadas en su escrito de demanda. Al respecto y teniendo en cuenta que esta situación no es evidente según las pruebas arrimadas, no se decreta la medida cautelar.

Finalmente respecto a que el acto administrativo está viciado por irregular en la medida en que violó lo descrito en la sentencia C 105 de 2013 el despacho estima que además de estar soportando en un contenido normativo y factico disímil al que nos ocupa en está ocasión, la parte actora no aportó elementos de juicio que le permitirán a esta autoridad judicial identificar a primera vista la violación de la sentencia descrita".

4. Recurso de apelación

En escrito del 11 de febrero de 2020, la actora presentó recurso de apelación contra la negativa de la medida cautelar solicitada, argumentando que:

En la demanda en el acápite de hechos, en el numeral 28 se mencionó que el 1º de diciembre de 2019 presentó la prueba escrita y qué tiene un puntaje superior a los 36 puntos aprobatorio; que su puntaje en la prueba de conocimientos fue de 41.07 lo cual se puede su visualizar en el resultado en el municipio de Risaralda – Caldas, que fue el único municipio donde no se anuló su inscripción. Puntaje superior a todos los que se citaron a entrevista por parte del municipio de Pacora.

Agrega que, la ESAP anuló su inscripción de manera arbitraria, evitando que pudiera acceder a las demás etapas del proceso, cómo fue la entrevista donde no aparece, causando una violación flagrante es que el debido proceso y la oportunidad para acceder un cargo en igualdad de condiciones.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En los términos de los artículos 153 y 277 de la Ley 1437 de 2011 le corresponde a este Despacho decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la decisión adoptada por el Juez Tercero Administrativo de Manizales que negó la suspensión provisional del acto de elección acusado.

2. Oportunidad del recurso

De conformidad con el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, contra el auto que decrete la suspensión provisional solo procede en los procesos de primera instancia el recurso de apelación.

En el caso objeto de estudio, el auto que negó el decreto de la medida cautelar es del 6 de febrero de 2020, fue notificado a la demandante el día siguiente y la impugnación

fue presentada oportunamente, esto es dentro de los 3 días hábiles, que para este caso es el 12 de febrero de 2020.

3. Problema jurídico

De acuerdo con el escrito de impugnación se identifica el siguiente: *si contrario a lo establecido por el juez de primera instancia el demandante cumplió con la carga argumentativa y probatoria que le asiste, a fin de lograr la suspensión provisional de los efectos del acto de elección de Nataly Nieto Pérez como Personero Municipal de Pacora - Caldas.*

Por cuestiones de orden metodológico se analizará: i) la figura de la medida cautelar en los procesos electorales y ii) el caso en concreto.

4. La medida cautelar en el proceso electoral

Como un aspecto novedoso, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

A diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, la nueva normatividad establece expresamente la finalidad de tales medidas cautelares, cuales son, la necesidad de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, superando de esta forma la concepción tradicional de mera garantía de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento la única de aquéllas: la suspensión provisional. Ello, sin duda alguna, repercute favorablemente en la búsqueda de la materialización del denominado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

> "(…) *Era apenas natural que el ordenamiento de las medidas cautelares evolucionara con el tiempo en esa dirección, pues como ha dicho la jurisprudencia constitucional la inevitable duración de los procesos judiciales en ocasiones puede implicar la afectación del derecho a una administración de justicia pronta y eficaz, ya que si bien la justicia llega, lo hace en esos casos demasiado tarde, cuando han tenido lugar "daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante". Resultaba entonces necesario ampliar el catálogo de medidas cautelares, con el fin de asegurar instrumentos efectivos de protección provisional que pudieran usarse en las controversias contenciosas no originadas en un acto administrativo, sino por ejemplo en una omisión o un hecho de la administración. También era imperativo morigerar la radical limitación de la suspensión provisional, con el fin de asegurar una protección previa a la sentencia frente a actos administrativos, que garantizara el derecho a una justicia pronta y efectiva* (…)"[1]

Dentro de tales medidas, se encuentra la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo con las voces del numeral 3° del artículo 230 de la

[1] Corte Constitucional, Sentencia C-284 del 15 de mayo de 2015, M.P: María Victoria Calle Correa

Medio de Control: Electoral
Radicado: 17-001-33-31-003-2020-00024-0

Ley 1437 de 2011[2]. Esta institución se configura además como una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teniendo incidencia particularmente respecto de su carácter ejecutorio[3].

Los requisitos para decretar esta medida cautelar, fueron consagrados expresamente por el legislador en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

> *"**Artículo 231.-** Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud**. (…)"*

Particularmente, en relación con el proceso de nulidad electoral, el artículo 277 ídem establece una regla específica respecto de la suspensión provisional, con el siguiente tenor:

> *"Artículo 277.- En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación…".*

A partir de las normas citadas, se colige respecto a la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y; (iii) dicha solicitud debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda.

De esta manera, se establece una carga de argumentación y prueba, al menos sumaria, **en cabeza del solicitante de la medida cautelar que debe ser estudiada por el juez** en la correspondiente admisión de la demanda.

Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrimados a esta etapa del proceso, sin que ello pueda ser entendido como prejuzgamiento.

---

[2] *Ley 1437 de 2011. Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:*
(…) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (…)

[3] *Ley 1437 de 2001. Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*
1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Medio de Control: Electoral
Radicado: 17-001-33-31-003-2020-00024-0

5. Caso en concreto

En síntesis, la demandante sustentó la procedencia de la suspensión del acto de elección, en el presunto desconocimiento de los artículos 2, 83, 125 y 313 de la Constitución, así como los artículos 2.2.27.1, 2.2.27.2, 2.2.27.4, 2.2.27.6 del Decreto 1083 de 2015, y la sentencia C-105 de 2013.

Lo anterior, por cuanto: (i) la ESAP dispuso en su aplicativo web de inscripción y cargue de documentos la imposibilidad de inscribirse a más de un municipio, ello sin que el Concejo accediera a ello en la convocatoria o en alguno de los documentos que obligue a los aspirantes a tal disposición; (ii) la ESAP dejó sin efectos en su plataforma las inscripciones realizadas el 1º de noviembre de 2019 que fueron ordenadas por el Juzgado 14 Administrativo de Tunja, incumpliendo la orden, a pesar que el Tribunal Administrativo de Boyacá el 19 de noviembre confirmó esa decisión y tuteló con efectos *inter communis* el derecho fundamental del debido proceso de los demás inscritos al concurso de méritos; (iii) el Concejo de Pacora haciendo caso omiso a la información que daban cuenta de las sentencias de tutela, siguió adelante con el proceso de elección, citó y realizó la entrevista sin tener en cuenta las inscripciones realizadas el 1º de noviembre de 2019 que fueron ordenadas por el Juzgado 14 Administrativo de Tunja y (iv) la demandante presentó prueba escrita y obtuvo un puntaje superior a 36 puntos aprobatorios, por lo que considera, la pone en una situación especial de protección por haber superado ya los filtros del concurso.

En ese orden de ideas, en primer lugar debe señalarse que, conforme al articulo 231 del CPACA, para que proceda la suspensión provisional de los efectos del acto, se requiere que la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud *surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.*

Del contenido del acto acusado, esto es, la Resolución 03 de 10 de enero de 2020 no se evidencia *prima facie* la violación de las normas indicadas por la accionante, pues en él simplemente se relata la realización de la convocatoria al concurso para elección de personero municipal; que la ESAP hizo llegar al Concejo la lista de los concursantes con los puntajes obtenidos y que continuaban en la etapa de la entrevista; que el Concejo citó a los concursantes a entrevista; que fueron publicados los resultados de la de la prueba; que no hubo reclamaciones y en consecuencia adoptó la lista de elegibles para ocupar el cargo de personero, ordenada de mayor a menor de acuerdo a los puntajes finales obtenidos por los concursantes en las diferentes etapas y agregó que el cargo lo ocuparía el primero de la lista y que en caso de no aceptarlo se llamará al que ocupó el puesto siguiente y así sucesivamente hasta agotar la lista.

Ahora, los aspectos centrales de la controversia planteada, estrechamente relacionado con la procedencia de la solicitud de suspensión provisional del acto de elección, consisten en evaluar la validez de las razones que tuvo la ESAP para restringir la posibilidad de los aspirantes de inscribirse en el concurso público a más de un municipio; así como las razones que tuvo para deja sin efecto las inscripciones realizadas el 1º de noviembre de 2019 que fueron ordenadas por el Juzgado 14

Medio de Control: Electoral
Radicado: 17-001-33-31-003-2020-00024-0

Administrativo de Tunja y las razones que tuvo el Concejo de Pacora para apartarse de dicha decisión judicial.

Lo anterior implica estudiar con fundamento en las pruebas aportadas al proceso, las situaciones de hecho frente a la demandante, así como la pertinencia de las normas invocadas alrededor de tales circunstancias, así como el alcance del fallo de tutela frente al concurso adelantado para elegir al personero municipal de Pacora; aspectos que no se logran deducir del simple análisis del acto acusado ni del actual acervo probatorio.

Y es que, como lo indica la demandante en la demanda, por similares hechos, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió negativamente la apelación de una sentencia de tutela el 5 de noviembre 2019, en la que contrario a lo afirmado por el Juzgado 14 Administrativo de Tunja, se concluyó que la ESAP sí estaba facultada para limitar la inscripción a un solo cargo, para ello trajo a colación una sentencia de la Corte Constitucional.

Ademas, en atención a la publicación de las providencias de tutela en la pagina de la ESAP se observa que, la referida orden del Juzgado 14 Administrativo de Tunja ha sido objeto de aclaraciones y modulaciones; así por ejemplo, en auto del 2 de abril de 2020, en el referido tramite el juzgado precisó[4]:

> *En el auto del 31 de marzo de 2020, se dio una explicación de lo sucedido con el Municipio de Cucaita, pues a lo largo de toda la actuación se han ido* ***modificando y adecuado*** *los requerimientos conforme a la realidad del concurso, desde el 31 de enero de 2020, cuando se* ***modulo la orden*** *para que se logre el cumplimiento del fallo de tutela, se advirtió que el despacho no iba a modificar los derechos adquiridos de los participantes donde hubieren listas de elegibles ejecutoriadas y nombramientos efectuados, por tanto, ha sido complejo establecer si tenían o no lista de elegibles, no solo para sino también para otros Municipios, así que en el auto del 4 de marzo de 2020, que fue el siguiente al del 25 de febrero, analizó de manera general y particular, que cada concejo municipal, desarrolló la convocatoria o concurso de personeros 2020-2024, de una manera diferente, con interpretaciones diversas respecto al procedimiento a seguir, con su particular punto de vista, por tanto, no era fácil establecer en la práctica cuando tenían lista de elegibles ejecutoriada, se realizó un tamizaje en 488 municipios para tener una mayor precisión con el fin que materialmente la ESAP pudiera cumplir la orden de la tutela, con el agravante que la información que se envía al Juzgado era sesgada e incompleta, en esa oportunidad* ***se consideró que cada concejo municipal debió analizar su caso particular y establecer de acuerdo a las reglas del concurso y a los procedimientos y las actuaciones por ellos surtidas, si debían o no utilizar la lista de elegibles remitida por la ESAP en cumplimiento del fallo de tutela proferido por este Juzgado***. (Se resalta)

[4] http://concurso2.esap.edu.co/personeros2019/admon/uploads/comunicado/2019-00173AUTO02DEABRILDE2020.pdf

Medio de Control: Electoral
Radicado: 17-001-33-31-003-2020-00024-0

Por lo tanto, le asiste razón al *a quo* al señalar que "*estando en una instancia de verificación de procedencia o no de la medida cautelar, la situación debió ser expuesta con absoluta claridad por la accionante, sin que el despacho tenga que realizar un estudio pormenorizado y profundo de las pruebas que aporta – sumaria - pues este ejercicio es propio de la sentencia que pone fin al proceso*".

En conclusión, no resulta procedente la suspensión provisional solicitada, comoquiera que para analizar la elección acusada se requiere examinar la validez de las razones que tuvo la ESAP para restringir la posibilidad de los aspirantes de inscribirse en el concurso público a más de un municipio; así como para deja sin efecto las inscripciones realizadas el 1º de noviembre de 2019 que fueron ordenadas por el juzgado 14 Administrativo de Tunja y las razones que tuvo el Concejo de Pacora para apartarse de dicha decisión judicial, por lo que se requiere que, en la etapa probatoria se decreten y practiquen las pruebas pertinentes y conducentes tendientes a verificar tales circunstancias, y con las mismas en la sentencia correspondiente efectuar el estudio a que haya lugar, que en esta oportunidad con el actual acervo probatorio no es dable emprender.

Por todo lo anteriormente expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto del 6 de febrero de 2020 que negó la medida cautelar solicitada por el demandante.

SEGUNDO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 259

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-33-004-2018-00140-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Margarita Carmona Restrepo
Accionado	Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

El Tribunal Administrativo de Caldas, 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

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 1738-6 de 9 de febrero de 2018, 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 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 pensional de jubilación a través de la Resolución 7903 de 25 de noviembre de 1999. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, 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 al 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, 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 la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. - ***Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica*:** Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988;

además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. -***Prescripción***: Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. -***Cobro de lo no debido*:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. -***Buena fe*:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*, propuestas por Nación-Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *negó* las pretensiones de la parte demandante 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 no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; en síntesis señaló que la decisión desconoce derechos y principios constitucionales como el de la favorabilidad , legalidad, supremacía de la Constitución y primacía de lo especial sobre lo general. Precisó que, la ley 100 de 1993 excluyó a los docentes del sistema de Seguridad Social Integral de Se Seguridad Social. Por tanto, la ley 71 de 1988 no se encuentra derogada y por otra parte la Ley 238 de 1995 esta instituida exclusivamente para otorgar beneficios y derechos a los regímenes exceptuados.

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.

En cuanto a la condena en costas precisó las normas que regulan la materia y resaltó que ellas debían estar probadas.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación; adicionalmente citó la sentencia de unificación 014-CE-S2-2019 del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, en la que se estudió el régimen pensional que se debe aplicar a los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al FNPSM señalando que de conformidad con el parágrafo primero del Acto Legislativo 01 de 2005 son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho pensional de jubilación, cuya aplicación está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación del servicio educativo, así los docentes que se vincularon al servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplica las normas de la Ley 71 de 1988.

La demandada y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA[1], 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 Ibídem.

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 7903 de 25 de noviembre de 1999, se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante.

[1] Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

- La demandante mediante escrito radicado 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.

- A través de la Resolución 1738-6 de 9 de febrero de 2018, la demandada denegó el ajuste deprecado.

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 1976[2], 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

[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."*

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 1988[3] 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 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 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, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

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

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexequible 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 1994[4], 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.*

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

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:

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

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

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

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

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones

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

De otro lado, la Ley 238 de 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 parágrafo:*
>
> *"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los* ***beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".***

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 Estado[5], 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. ° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[…]*
>
> *En esas condiciones,* ***no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para***

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

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 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 Indice 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 salarió 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 salarió 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 primera instancia

Conviene precisar que a voces del artículo 188 del CPACA, "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*"; y comoquiera que en el presente proceso se planteó un interés particular (en tanto no se trata del medio de control de simple nulidad, repetición, defensa de intereses colectivos etc., sino del de nulidad y restablecimiento del derecho), la conclusión apunta a que en la sentencia, tal y como se hizo en su momento, ciertamente resultaba procedente la decisión o pronunciamiento sobre la condena en costas.

El *a quo* en atención a la actividad desplegada por la parte accionada dentro del trámite procesal procedió a fijar las agencias en derecho a cargo de la demandante. En efecto, revisadas las actuaciones realizadas en el proceso, – en lo que al trámite de la primera instancia se refiere-, se considera que las agencias que se fijaron a favor de la parte demandada, están debidamente justificadas por la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por las apoderadas de la parte demandada; así mismo, en atención a la cuantía de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

En tales condiciones, se confirmará la sentencia proferida.

5. Costas en esta instancia

Se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la UGPP, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del Proceso artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho se tasan en un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandada, y a cargo de la actora, de conformidad con el artículo 3 Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, tenido en cuenta la duración la duración de esta instancia y la naturaleza del proceso, así como el resultado del recurso de apelación

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: CONFIRMASE la sentencia dictada el 7 de marzo de 2019 por Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Margarita Carmona Restrepo en contra de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

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. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 260

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-33-004-2018-00218-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Beryod de Jesús Castaño Calvo
Accionado	Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y departamento de Caldas

El Tribunal Administrativo de Caldas, 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

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 0943-6 de 10 de febrero de 2016, 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 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 pensional de jubilación a través de la Resolución 4247 de 19 de agosto de 2009. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, 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 al 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, 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 la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. - ***Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica*:** Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988;

además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. -***Prescripción***: Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. -***Cobro de lo no debido*:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. -***Buena fe*:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

El **departamento de Caldas - Secretaria de Educación**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas *´FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA´* mencionando que el FNPSM fue creado para encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos a nivel nacional y *'PRESCRIPCIÓN'*, de conformidad con los Decretos 3135/68 y 1848/69.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *Falta de legitimación en la causa* propuesta por el Departamento de Caldas y de *inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*, propuestas por Nación-Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *negó* las pretensiones de la parte demandante 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 no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

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 la pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

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

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

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

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

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación; citó la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado 29001-23-33- 000-2012-00143-01, para señalar que el régimen pensional contemplado en la Ley 100 del 93 no es aplicable a los docentes específicamente en cuanto a los incrementos anuales a sus mesadas y cotizaciones al sistema de salud.

Trajo a colación varios pronunciamientos del Consejo de Estado que reiteran lo expuesto, y agregó que, en virtud del principio de favorabilidad resulta inaplicable el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los docentes.

La demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA[1], 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 Ibídem.

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 4247 de 19 de agosto de 2009, se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante.

- La demandante mediante escrito radicado el 27 de enero de 2016 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.

- A través de la Resolución 0943-6 de 10 de febrero de 2016, la demandada denegó el ajuste deprecado.

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.

[1] Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

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 1976[2], 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 1988[3] 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".*

---

[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*

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 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 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, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexequible 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 1994[4], 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:

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

"Año Inflación Salario mínimo

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

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

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

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

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

De otro lado, la Ley 238 de 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 parágrafo:

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

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 Estado[5], 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. ° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[…]*
>
> *En esas condiciones,* ***no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.***
>
> *Conclusión:* ***Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales****.*
>
> ***De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella****"*

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

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 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 Indice 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 salarió 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 salarió 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

Se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la UGPP, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del Proceso artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho se tasan en un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandada, y a cargo de la actora, de conformidad con el artículo 3 Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, tenido en cuenta la duración la duración de esta instancia y la naturaleza del proceso, así como el resultado del recurso de apelación

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: CONFIRMASE la sentencia dictada el 25 de junio de 2019 por Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Beryod de Jesús Castaño Calvo en contra de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

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. 034 de 2020.

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. 261

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-33-004-2018-00274-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Olga Trejos Gil
Accionado	Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

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

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 0942-6 de 10 de febrero de 2016, 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 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 pensional de jubilación a través de la Resolución 9851 de 17 de septiembre de 1997, reliquidada mediante Resolución 1201 de 1 de agosto de 2002. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, 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 al 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, 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 la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

-Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los

recursos para el pago de las prestaciones. - ***Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica*:** Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. - ***Prescripción***: Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. -***Cobro de lo no debido*:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. -***Buena fe*:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*, propuestas por Nación-Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *negó* las pretensiones de la parte demandante 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 no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

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 la pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

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

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

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

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

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación; citó la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado 29001-23-33- 000-2012-00143-01, para señalar que el régimen pensional contemplado en la Ley 100 del 93 no es aplicable a los docentes específicamente en cuanto a los incrementos anuales a sus mesadas y cotizaciones al sistema de salud.

Trajo a colación varios pronunciamientos del Consejo de Estado que reiteran lo expuesto, y agregó que, en virtud del principio de favorabilidad resulta inaplicable el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los docentes.

La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA[1], 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 Ibídem.

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*

[1] Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

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 9851 de 17 de septiembre de 1997, se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante a partir del 17 de julio de 1997; reliquidada mediante Resolución 1201 de 1 de agosto de 2002.

- La demandante mediante escrito radicado el 27 de enero de 2016 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.

- A través de la Resolución 0942-6 de 10 de febrero de 2016, la demandada denegó el ajuste deprecado.

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 1976[2], 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 1988[3] 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 reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

---

[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*

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 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, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexequible 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 1994[4], 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:

"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%*

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

1989	*26.12*	*27%*
1990	*32.36*	*26%*
1991	*26.82*	*26.07%*
1992	*25.13*	*26.04%*
1993	*22.6*	*21.09%"*

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

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

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

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

De otro lado, la Ley 238 de 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 parágrafo:

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

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 Estado[5], en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo

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

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. ° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[…]*
>
> *En esas condiciones,* ***no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.***
>
> *Conclusión:* ***Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales****.*
>
> ***De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella****"*

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 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 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 Indice 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 salarió 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 salarió 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

Se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, a la UGPP, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del Proceso artículo 366 del CGP. Las agencias en derecho se tasan en un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandada, y a cargo de la actora, de conformidad con el artículo 3 Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, tenido en cuenta la duración la duración de esta instancia y la naturaleza del proceso, así como el resultado del recurso de apelación

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: CONFIRMASE la sentencia dictada el 29 de abril de 2019 por Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Olga Trejos Gil en contra de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

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. 034 de 2020.

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 ESPACIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No 270

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17-001-33-39-005-2016-00419-02
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Rodrigo Cañas Grisales
Demandado:	Nación - Ministerio De Educación Municipio de Manizales

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, y el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, procede a resolver 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

En síntesis solicita se declare la nulidad del oficio SEM-UAF-2063 de 18 de julio de 2016 expedido por la Secretaria de Educación del municipio de Manizales, por medio de las cuales se desconocieron y negaron los intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial.

Como consecuencia de la anterior, se declare que tiene pleno derecho a que las demandadas, le reconozcan y paguen los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación (hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial.

Solicita además se condene a las demandadas a pagar el interés bancario corriente desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva del pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos. Y se ordene liquidar y pagar los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de indexación salarial se reconoció.

1.2. Sustento Fáctico

En síntesis señala que, laboró en la Secretaría de Educación del municipio de Manizales en calidad de personal administrativo. Que mediante el Decreto 011 del 20 de enero de 2004, el municipio de Manizales adopto la planta de cargos y personal que laboraba en el Departamento de Caldas, a la planta central de la Administración Municipal a partir del 1 de enero de 2003, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones.

Que la incorporación referida en el hecho anterior, se llevó a cabo sin que se homologaran y nivelaran salarialmente los correspondientes cargos y salarios, lo que generó una situación de desigualdad para los funcionarios pagados con recursos del Sistema General de Participaciones, respecto de los funcionarios pertenecientes a la planta central, pues aquellos incorporados con los cargos, códigos y grados del nivel departamental y no el municipal, devengaban una asignación salarial inferior.

Que en el año 2008, la Alcaldía de Manizales / Secretaría de Educación, llevo a cabo el estudio técnico de homologación y nivelación de cargos, el cual fue aprobado mediante oficio 2007EE6185 de 21 de diciembre de 2007, proferido por la Directora de Descentralización del Ministerio de Educación Nacional. Por este motivo, el Municipio expidió el Decreto 083 del 11 de marzo de 2008, por medio del cual homologa y nivelan salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación, financiadas con Recursos del Sistema General de Participaciones.

Que mediante Decreto 0388 del 12 de octubre de 2012, el Municipio modificó la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos de la Secretaría de Educación. El anterior ajuste, tiene como parámetros los salarios del Departamento de Caldas a 31 de diciembre de 2002, aplicando los respectivos incrementos salariales efectuados por parte del Municipio de Manizales desde el año 2003 hasta el año 2012.

Que mediante Resolución 605 de abril 11 de 2014, el Ministerio de Educación Nacional, a través de la Secretaría de Educación Municipal, canceló a favor de la parte accionante un retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, indicando en su artículo primero la fecha de constitución de la obligación, esto es, desde el 01 de enero de 2003 hasta el año 2006, efectuándose el pago en el mes de mayo de 2014.

Que el 24 de julio de 2015 solicitó a la Secretaria de Educación de Manizales el reconocimiento y pago de los intereses moratorios generados ante la tardía nivelación salarial y pago del retroactivo. Mediante oficio SEM-UAF-2063 de 18 de julio de 2016 se negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocan la Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 93, 123, 209 y 350; el Código Civil, artículos 1608, 1617 y 1649 y el Decreto 01 de 1984, artículo 177. Tras un recuento de las particularidades del proceso de homologación adelantado respecto del personal administrativo de la Secretaria de Educación, advierte que las entidades demandadas debieron efectuar la homologación de cargos de forma previa a la incorporación de la planta de personal adscrita al nivel nacional hacia el orden territorial, proceso que al no adelantarse de tal manera generó que la homologación y nivelación salarial fuese cancelada años después de haberse causado, lo que explica los intereses pretendidos.

Se arguye que con la negativa al reconocimiento de intereses sobre los valores reconocidos retroactivamente por concepto de nivelación salarial, se vulnera el principio constitucional de favorabilidad laboral.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

El **municipio de Manizales** se opuso a las pretensiones de la parte demandante, aduciendo que la entidad territorial carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que el proceso de reconocimiento de homologación y posterior nivelación salarial del personal administrativo adscrito a su planta, se adelantó en acatamiento y observancia de los criterios e instrucciones definidos para tal efecto por la Nación – Ministerio de Educación Nacional y por la Fiduciaria que realizó el desembolso por dichos conceptos.

En cuanto a los hechos indicó que no el proceso de homologación y nivelación salarial del personal administrativo recibido por el municipio de Manizales del departamento de Caldas, como consecuencia de la certificación a la entidad territorial del orden Municipal para administrar dentro de su jurisdicción la prestación del servicio público educativo, se efectuó en el 2008; que en el 2012 se efectuó un ajuste a dicha homologación, que tuvo origen el ejercicio que el departamento de Caldas realizó al modifica el estudio técnico de homologación y nivelación salarial de su personal administrativo, que en virtud de lo considerado por el Ministerio de Educación Nacional, afectó a los servidores sujetos de la homologación en el año 2008.

Argumenta que no es cierto que se haya interrumpido cualquier prescripción, porque el derecho de los mencionados intereses no existe. Dice que la parte demandante no prueba que el marco jurídico establezca el plazo máximo para homologar y nivelar salarialmente al personal adoptado en las plantas de las entidades territoriales certificadas por el Ministerio de Educación Nacional, ni tampoco un término máximo de pago a los ajustes eventuales que dicho proceso genere. Reitera, que lo que sí está claro es que el reconocimiento y pago de homologación y nivelación salarial es una obligación de tracto único y no de tracto sucesivo, por lo tanto no es susceptible de generar intereses moratorios, aunque sí un pago debidamente indexado como se hizo en efecto.

Señala que los intereses a los que alude el demandante en virtud del Código Civil, no son aplicables al caso concreto de homologación y nivelación salarial, toda vez que dicho reconocimiento o concepto no tiene características de renta, canon o pensión periódica.

Como medios exceptivos planteó: *"Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley e inaplicabilidad de intereses moratorios"*, afirma que el demandante no probó la existencia de un término legal para efectuar el reconocimiento y pago de la homologación y nivelación salarial como fruto de la descentralización que permita determinar la ocurrencia de la pretendida mora; tampoco probó la existencia de un término legal para el pago del ajuste de dicha homologación y nivelación salarial; comenta que por tratarse de una "acreencia de tracto único y no sucesivo", fue liquidada con la debida indexación. *"Caducidad de la acción, prescripción extintiva del derecho e inepta demanda"*, expone que se encuentra probado que el oficio mediante el cual se dio respuesta de

fondo, conforme a lo resuelto sobre el tema por el Ministerio de Educación Nacional, fue el SEUAF 3067 del 4 de diciembre de 2015 mediante el cual se dio respuesta a las solicitudes colectivas presentadas el 24 de julio de 2015, el 27 de julio de 2015 y el 21 de octubre de 2015 por el apoderado de la parte demandante, las cuales fueron radicadas bajo los número de requerimiento SAC 7242, 7270 y 10035 por lo que tenía 4 meses para demandarlo.

El **Ministerio de Educación Nacional** se opuso a las pretensiones de la demanda; señaló que los artículos 34 y 38 de la Ley 715 establecieron el procedimiento a seguir para incorporar las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones. Destaca que si bien el proceso de homologación de cargos y de nivelación salarial del personal administrativo en los diferentes entes territoriales se llevó a cabo bajo las directrices y el acompañamiento del Ministerio de Educación, fue claramente establecido que la deuda por concepto de retroactividad en aquellos eventos en que la homologación y consecuente incorporación conlleve la nivelación de salarios, cuando no procede la incorporación horizontal, seria asumida con recursos del Sistema General de Participaciones previa disponibilidad presupuestal.

Con base en lo anterior formuló las excepciones que denominó: "*Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica*" fundada en que no se constituyó mora en el pago de las obligaciones del empleador, sino que se trató de una simple equiparación de cargos producto de una decisión administrativa conforme lo establece la ley 60 de 1993; *"Prescripción"* de conformidad con el artículo 151 el Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969; *"buena fe"* como quiera que cumplió con el respectivo proceso de homologación y nivelación salarial, de acuerdo a los parámetros constitucionales y legales así como las disposiciones de cada ente territorial y a la disponibilidad presupuestal.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante. Para fundamentar la decisión indicó que, al haberse demostrado que a la demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de homologación y nivelación salarial, resulta improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

Señaló que la indexación está dirigida a actualizar una deuda laboral o pensional con el índice de precios al consumidor, para así aminorara los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, mientras que los intereses moratorios involucran un componente inflacionario que afecta el poder adquisitivo de dinero.

4. Recurso de apelación

La demandante expone que el caso citado por el Juez para negar las pretensiones de la demanda, es de un proceso que difiere sustancialmente con la presente acción, toda vez que lo que resolvió el Consejo de Estado fue un proceso encaminado a que Cajanal reliquidara una pensión teniendo en cuenta sumas devengados en marcos alemanes de una persona que ejecutó funciones diplomáticas.

Lo anterior es diferente a lo solicitado, pues lo que busca es que se le reconozcan y paguen los intereses moratorios causados por el pago tardío de la homologación y nivelación salarial del personal administrativo adscrito a la Secretaría de Educación del municipio, y no una reliquidación de pensión como se menciona en la jurisprudencia que cita.

Señaló que la Corte Constitucional en diferentes oportunidades se ha referido a la tasación y a la condena de intereses moratorios cuando se presenta mora en el pago de obligaciones originadas en vínculos laborales, como en la sentencia T-418 de 1996; que el juzgado reconoce que las sumas pagadas puedan fueron indexadas y por tanto concluye que no es válido reconocer intereses moratorios, pero pierde de vista que la condena que realmente resarciría los perjuicios causados por el paso del tiempo serían los intereses de mora.

Con fundamento en pronunciamientos del Consejo de Estado señala que no solo se debe reconocer indexación de los valores adeudados sino que deben pagarse los correspondientes intereses de mora, pues de ninguna manera la indexación excluye el derecho a reclamar intereses moratorios cuando existe retardo en los pagos debidos.

Concluye que lo que se pretende es el reconocimiento de forma preferente de los intereses moratorios liquidados con base en el interés bancario corriente, a partir de los 30 días posteriores a la causación del derecho, es decir a partir del momento en que fue transferido a la planta de personal del orden municipal y hasta el día en que fue efectivo el pago tardío por la homologación y nivelación salarial, deduciendo el valor de la indexación ya causada.

5. Alegatos de conclusión de segunda instancia

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La Nación- Ministerio de Educación Nacional ratificó los argumentos esbozados en la contestación de la demanda y demás que fueron presentados durante el trámite del proceso. Se opuso a la totalidad de las pretensiones deprecadas considerando que carecen de sustento legal que las respalde y teniendo en cuenta que el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de las obligaciones pretendidas por vía de restablecimiento del derecho, así como tampoco de los trámites de reclamaciones, los cuales se encuentran a cargo de la entidad territorial correspondiente a la cual estén vinculados los docentes. Reitera la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio fundada en pronunciamientos del Consejo de Estado que refieren la noción de la legitimación en la causa.

Además indicó que, el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de la obligación que se demanda, toda vez que no fue la entidad emisora del acto administrativo del cual se pretende se declare la nulidad y tampoco tuvo injerencia en los hechos que han generado la demanda, ni en los trámites administrativos para el reconocimiento y pago de la obligación, ni la atención de las reclamaciones posteriores a los reconocimientos.

Concluyó que el titular del acto administrativo es una persona jurídica totalmente diferente al Ministerio de Educación Nacional, luego una eventual condena que pudiera recaer, equivaldría a sancionarla por actos que no le puede ser legalmente imputado.

El municipio de Manizales y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico

De conformidad con la sentencia y el escrito de apelación los problemas jurídicos son los siguientes:

¿Se causaron intereses en virtud de la mora en el pago de los valores por homologación y nivelación salarial?

¿Es procedente el reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado a la parte actora?

Para resolver los problemas planteados, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: i) el proceso de homologación y nivelación salarial; ii) los intereses moratorios y la indexación; iii) los hechos probados y vii) el caso concreto.

2.2. Proceso de homologación y nivelación salarial

Con la Ley 43 de 1975 se nacionalizó la educación que prestaban los entes territoriales, empero con el fin de desarrollar los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política de 1991, se expidió la Ley 60 de 12 de agosto de 1993, que dispuso la descentralización de este servicio, por lo cual se efectuó el traslado y la entrega por parte de la Nación a los departamentos de los bienes, personal y establecimientos educativos. Posteriormente se emitió la Ley 715 de 21 de noviembre de 2001 sobre la municipalización de la educación que había quedado en manos de los departamentos y distritos.

Este proceso implicó el ajuste de las planta de personal administrativo que prestaban sus servicios a la Nación en las instituciones educativas, para pasar a ser incorporados a las plantas de los entes territoriales, siendo la referida Ley 715 de 2001 la que señaló expresamente el procedimiento a seguir para concentrar estas plantas en los departamentos, distritos y municipios.

El Ministerio de Educación Nacional mediante Directiva No. 10 de 30 de junio de 2005, determinó los criterios y pasos a tener en cuenta para llevar a cabo la homologación de cargos y la nivelación salarial del personal administrativo, y señaló con base en el Acto Legislativo 01 de 2005 que en los casos en que el proceso de incorporación y homologación conllevara la nivelación de salarios, estos rubros retroactivos serían asumidos con recursos del sistema general de participaciones, previa disponibilidad presupuestal o a cargo de la Nación a falta de dicha disponibilidad.

2.3. Intereses moratorios e indexación

Los intereses moratorios son concebidos como la compensación económica de carácter indemnizatorio que debe cancelar el deudor obligado al pago de sumas de dinero, que incumple con la fecha legal o contractualmente establecida para el cumplimiento de la obligación, en tal sentido el Código Civil señala:

> *"Artículo 1617: Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*
> *1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.*
> *El interés legal se fija en seis por ciento anual.*
> *2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.*
> *3a.) Los intereses atrasados no producen interés.*
> *4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".*

En materia laboral, los intereses moratorios son reconocidos como una sanción al empleador -u otro obligado al pago de prestaciones laborales- que ha incumplido con el pago de las acreencias salariales o prestacionales de sus empleados, en los términos legales establecidos para su causación y exigibilidad, empero debe advertirse que dada su naturaleza sancionatoria estos requieren de expresa consagración legal. En tal sentido el H. Consejo de Estado justamente en un asunto como el aquí discutido expuso: *"Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto…"*[1].

Por su parte, la indexación dispone una corrección monetaria por los fenómenos inflacionarios propios del sistema económico nacional, esto es, que el valor adeudado se actualice y mantenga el mismo poder adquisitivo al momento de su pago, así lo ha expresado el H. Consejo de Estado al advertir que: *"El propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente".*[2]

Los intereses moratorios y la indexación no son acumulables, considerando que los primeros inician con la mora en el crédito u obligación, en tanto el período de la indexación está dado entre la fecha del crédito, capital u obligación y la fecha en que se quiere actualizar, no siendo relevante la existencia de la mora.

No obstante lo anterior, es preciso indicar que la incompatibilidad debe entenderse entre la indexación y los intereses que lleven implícitos la corrección monetaria, por cuanto existe una excepción en tratándose del interés legal en materia civil, el cual

[1]Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de diciembre de 2017, Rad. 0905-2015.
[2]Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia del 30 de mayo de 2013, Rad. 2006-00986-01.

corresponde al 6 % anual, en razón a que en este último tipo de interés no contempla la devaluación del dinero.

Al respecto, el Consejo de Estado[3], ha señalado lo siguiente: *"…no es procedente la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, toda vez que la tasa de interés comercial lleva en su interior la corrección monetaria. No obstante, la actualización sí puede concurrir cuando se condena al pago del interés legal civil, por cuanto esa tasa de interés no incluye ningún valor por devaluación del dinero, distinta a la tasa de interés corriente bancario que es más alta en atención a que incluye la devaluación."*

Por último, sobre la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, el Consejo de Estado[4] en reciente providencia precisó:

> *"Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.*
>
> *Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto".*

2.4. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- Mediante Resolución 605 de abril 11 de 2014, el Ministerio de Educación Nacional a través de la Secretaría de Educación Municipal, reconoció a la parte accionante un retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, a partir del 01 de enero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2011. (Fls. 18-20)

- Dicho reconocimiento incluyó los valores correspondientes a los pagos retroactivos de los rubros no cancelados por concepto de "sueldo", "prima técnica", "bonificación [por] servicios prestados", "prima de servicios", "bonificación especial recreación", "prima de navidad", "horas extras", "reintegro auxilio de trasporte" e indexación de estos rubros.

- Según certificación expedida por la Secretaria de Educación municipal el retroactivo reconocido se canceló en el mes de mayo de 2014. (Fl. 21)

- El 24 de julio de 2014 el accionante solicitó a la Secretaria de Educación de Manizales el reconocimiento y pago de los intereses moratorios generados ante la tardía nivelación salarial y pago del retroactivo. (Fl 22-24 C 1)

---

[3]Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2004, Rad. 08001-23-31-000-2000-2482-01(24935).
[4] Sección Segunda, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15). Pág.738.

- Mediante oficio SEM-UAF-2063 de 18 de julio de 2016, expedida por la Secretaria de Educación de Manizales, se negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados, como quiera que dichas sumas fueron debidamente indexadas al momento del pago. (Fl 12 C 1)

Descrito el escenario fáctico, se procede a dilucidar el problema jurídico planteado.

2.5. Caso concreto

La parte actora reclama el pago de intereses moratorios sobre las sumas que fueron reconocidas a título de nivelación salarial -pago retroactivo- al señalar que a su juicio estos se causaron cada periodo mensual corrido entre el 1 de enero de 2003 hasta la fecha del pago efectivo, que fue efectuado en el mes de mayo de 2014.

La Sala no comparte la posición planteada por la parte actora, en tanto la obligación en cabeza de la administración de cancelar los valores por concepto de homologación y nivelación salarial, surgió en el momento en que fueron expedidos los actos administrativos que determinaron el derecho a su pago a favor de la parte accionante, pues hasta dicha fecha no existía pronunciamiento de la administración que permitiera su exigibilidad.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los intereses moratorios en asuntos laborales, tampoco existía fundamento legal que otorgara el derecho a reclamar intereses moratorios por pago tardío de una homologación y nivelación salarial, o que determinara su causación y exigibilidad de forma automática en el momento mismo en que la parte accionante fue incorporado a la planta de personal del ente territorial.

En tal sentido el H. Consejo de Estado ha desatado casos similares concluyendo:

> - *De igual manera, tal como lo ha señalado la Subsección en asuntos similares no puede concluirse que por el hecho de no haberse «pactado» el pago de un interés, deba acudirse en subsidio a la regla que trae el artículo 1617 del Código Civil, pues en estricto sentido no se está hablando de un asunto negocial, en el cual las partes involucradas puedan pactar a su arbitrio cláusulas contractuales; como ya se expuso, el reconocimiento de las sumas de dinero obedecieron a la homologación y nivelación que debió realizarse para que las plantas de personal administrativo, se ajustaran a la nueva reglamentación en cuanto a clasificación, nomenclatura, funciones y requisitos de los empleos del nivel territorial.*
>
> - *Finalmente, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se configuran los intereses moratorios.…"*[5]

Cabe advertir que la exigibilidad de la obligación contenida en la Resolución 605 de abril 11 de 2014, difiere del concepto de causación del derecho y que la parte actora

[5] Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de diciembre de 2017, número 0905-2015.

pretende equiparar, pues como atinadamente lo señalan los referidos actos administrativos, las sumas que por concepto de nivelación salarial fueron reconocidas, corresponden a una causación independiente para cada periodo laboral -según la prestación de que se trate, salario, prima, horas extras-, razón por la cual se reconoce al accionante en dichos actos la actualización monetaria de estas sumas, indexación que como lo ha expresado el H. Consejo de Estado atiende a los criterios de equidad y justicia que garantizan que los derechos económicos de las personas no se vuelvan infructuosos al momento de su pago por la devaluación de la moneda y resulta incompatible con la causación de intereses[6].

Así pues, frente al primer cuestionamiento planteado, se concluye que la parte actora no tiene derecho al reconocimiento de intereses con ocasión al pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, habrán de negarse las súplicas de la demanda.

2.6. Indexación de la homologación y nivelación salarial – Precedente horizontal

En casos similares[7], esta Corporación accedió a la actualización de sumas de dinero reconocidas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso de dos o más mensualidades, por la cual dicho retroactivo perdía poder adquisitivo y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria.

Lo anterior por razones de equidad y justicia, y en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, de las cuales goza el Juez en materia laboral, respecto de las cuales la Corte Constitucional, de tiempo atrás viene consolidando esta postura, como lo dijo en la sentencia C-662 de 1998:

> *Dentro de la potestad integradora de esta Corte para revisar la totalidad de la preceptiva legal demandada, conforme a la jurisprudencia de la Corporación, la Sala estima que la misma no contradice el ordenamiento superior, salvo en la expresión "de primera instancia", como así se declarará en la parte resolutiva del presente fallo. En consecuencia, los jueces laborales de única instancia en adelante están facultados para emitir fallos con alcances extra o ultra petita, potestad que se ejerce en forma discrecional, con sujeción a las condiciones exigidas, esto es, que los hechos en que se sustenta el fallo con esos alcances se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados.*

Por otro lado, se ha considerado que por razones de equidad y justicia, los valores que se deben pagar a los trabajadores, deben ser indexados si se pagan en fecha posterior a lo expresado en los actos administrativos, como lo ha dicho el Consejo de Estado[8]:

> *Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden*

[6] Ver al respecto, sentencia del 22 de abril de 2015. Rad: 25000-23-25-000-01312 (2506-2013), Sección Segunda.
[7] Ver sentencias dictadas el 31 de mayo de 2018, radicados 2016-00845, 2016-00857 y 2016-00884.
[8] Sección Segunda, 23 de marzo de 2017, Número interno (2284-13)

desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin». El pago de dichos intereses es por el periodo comprendido entre diciembre de 2003 al 12 de diciembre de 2007, que corresponde al plazo de mora de los salarios y prestaciones insolutos en favor de los demandantes hasta la liquidación definitiva de la E.S.E Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro y se liquidan hasta esa fecha; por ello, en criterio de la Sala no resulta razonable que ese monto fijo no sea susceptible de ser actualizado desde el 2007 hasta la presente fecha, en que se profiere la sentencia definitiva proferida por esta jurisdicción. En otras palabras, así como el tribunal definió que el acto administrativo esta nulo, porque no existía fundamento legal para el no pago de intereses moratorios, estos no deben ser pagados de manera menguada, empobrecida o depreciada por el efecto del paso del tiempo que se demoró esta jurisdicción en decidir el derecho a su pago.

Por otro lado, se ha considerado que por razones de equidad y justicia, los valores que se deben pagar a los trabajadores, deben ser indexados si se pagan en fecha posterior a lo expresado en los actos administrativos, como lo ha dicho el Consejo de Estado[9]:

Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin». El pago de dichos intereses es por el periodo comprendido entre diciembre de 2003 al 12 de diciembre de 2007, que corresponde al plazo de mora de los salarios y prestaciones insolutos en favor de los demandantes hasta la liquidación definitiva de la E.S.E Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro y se liquidan hasta esa fecha; por ello, en criterio de la Sala no resulta razonable que ese monto fijo no sea susceptible de ser actualizado desde el 2007 hasta la presente fecha, en que se profiere la sentencia definitiva proferida por esta jurisdicción. En otras palabras, así como el tribunal definió que el acto administrativo esta nulo, porque no existía fundamento legal para el no pago de intereses moratorios, estos no deben ser pagados de manera menguada, empobrecida o depreciada por el efecto del paso del tiempo que se demoró esta jurisdicción en decidir el derecho a su pago.

En el caso bajo estudio, en cuanto a la indexación deben distinguirse dos momentos: i) la generada antes de la resolución de la liquidación del reajuste por concepto de la

[9] Sección Segunda, 23 de marzo de 2017, Número interno (2284-13)

homologación y nivelación salarial y ii) la genera entre esta fecha y el pago del valor del ajuste.

En cuanto a la primera: Como quiera que existe un acto administrativo expreso que se refirió y que reconoció la indexación, la parte demandante debía previamente poner en conocimiento de la administración, las razones y los argumentos por los cuales no se encuentra de acuerdo con la decisión de la administración, en cuanto reconoció la indexación hasta una fecha determinada, con el fin de provocar un pronunciamiento por la entidad, sea expreso o tácito, que abra la posibilidad de demandar.

La anterior con fundamento en *"principio de decisión previa"*[10], desarrollado por el Consejo de Estado, el cual implica la presentación de una petición mediante la cual se reclame el reconocimiento del derecho, y finaliza con la expedición de un acto administrativo expreso o con el efecto del silencio administrativo que decide la actuación, contra el cual deben interponerse los recursos obligatorios procedentes.

En efecto, *"[l]a razón de la exigencia legal del señalado agotamiento deviene del principio llamado de la decisión previa que le permite a la administración, antes de acudir al medio judicial, que revise sus propios actos y otorga a los administrados una garantía sobre sus derechos al presentar motivos de inconformidad para que sea enmendada la actuación si es del caso, antes de que conozca de ella quien tiene la competencia para juzgarla"*[11].

Esta exigencia de la Ley se corresponde, además, a que la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez. "*La reclamación previa constituye un privilegio por cuanto permite a la administración volver a pensar o considerar mejor la decisión que se impugna o resiste para el administrado también puede resultar ventajoso ya que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito*".[12]

La tesis jurisprudencial trascrita, fue reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 7 de noviembre de 2013[13], que señaló:

> *"De manera que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho exige como presupuesto indispensable que exista una decisión de la administración que modifique, cree o extinga la situación jurídica particular del interesado, o mejor dicho, un acto administrativo que establezca una relación jurídica determinada en relación con sus derechos subjetivos. En esas condiciones, resulta claro que en este caso no se configura tal requisito, que es necesario para iniciar la reclamación haciendo uso de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.*
>
> *La actora debió provocar el pronunciamiento de la administración para que ésta, mediante acto administrativo fijara su posición en relación con los derechos de los que creía gozar, concretamente para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, para que, con base*

[10] Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A - 26 de abril de 2018 - radicación número: 52001-23-33-004-2014-00276-01(3164-15).
[11] Sentencia de 21 de junio de 2002, Exp. 12382.
[12] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "B". Auto de 19 de octubre de 2006. Expediente: 44001233100020010070101.
[13] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub sección "A". Expediente: 08001-23-31-000-2009-00907-01.

en tal manifestación, pudiera acudir a la acción judicial correspondiente, haciendo uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (…)".

Aunado a lo anterior, la misma Corporación en decisión proferida el 9 de abril de 2014[14] señaló que es necesario que en sede administrativa se exprese con claridad el objeto de la reclamación, pues, lo que se busca es que la jurisdicción contenciosa no inicie conflictos que no han sido planteados previamente ante la administración, así:

Finalmente, resulta necesario que en sede administrativa se exprese con claridad el objeto de su reclamación pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante la jurisdicción contenciosa no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. No quiere ello decir que sea imposible exponer argumentos nuevos para defenderla misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición.

Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos, lo que no le es dable a la demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación."

Específicamente, en materia laboral del Estado, escenario en el cual se traba una relación legal y reglamentaria entre el Estado y sus servidores, el Consejo de Estado ha insistido que, para que éstos puedan demandar la vulneración de sus derechos, deben poner primeramente sus desavenencias en conocimiento de la administración, en virtud del principio de decisión previa y por consiguiente, es indispensable que exista un acto expreso o ficto para que se demande mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Al respecto, se ha señalado[15]:

"*13.1 Con observancia de lo expuesto, y teniendo en cuenta que las personas que se consideren lesionadas en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, deben demandar el acto administrativo que lo conculca con la finalidad de obtener el restablecimiento de aquél -artículo 138*(…) *del CPACA, cuya redacción es muy similar a la del artículo 85 del C.C.A.-, esta Corporación ha señalado que en las aducidas relaciones que se traban entre la administración y los particulares, las que evidentemente se configuran entre el Estado y los docentes de institutos de educación públicos -como sus servidores públicos de régimen especial-, y que corresponden a vínculos de carácter legal y reglamentario,* ***es indispensable que éstos, antes de elevar sus reclamaciones relacionadas con dicha vinculación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las sometan a conocimiento de aquél, para efectos de que se pronuncie y proceda a acceder o a negar las solicitudes que se le presente, decisiones que luego de que se agoten los recursos obligatorios -en su tiempo, denominados como vía gubernativa-, sí resultan verificables a través de los medios de control jurisdiccionales establecidos para ello***". (Se resalta)

[14] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Expediente: 25000-23-25-000-2009-00462-01.
[15] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 73001-23-33-000-2012-00112-01, C.P. Danilo Rojas Betancourth

Asimismo, se ha dicho:

> *"En cuanto, a la solicitud de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar* (…). *Sin embargo, para acceder a dicho reconocimiento por vía judicial, se hace indispensable que el particular acuda previamente ante la Administración, para que ésta tenga la oportunidad de pronunciarse al respecto, y se constituya de esta forma el acto administrativo acusable.//Lo anterior significa que para reclamar el pago de salarios y prestaciones sociales encubiertas por órdenes de servicio, es presupuesto en virtud del principio de la decisión previa obtener el pronunciamiento de la administración respecto de los derechos pretendidos, ejercitando el derecho de petición en aras de lograr un acto administrativo expreso o presunto, según el caso"*[16].

En conclusión, el pronunciamiento previo por parte de la administración, constituye un requisito *síne quo non* para demandar la nulidad de un acto administrativo particular.

En aplicación de lo expuesto, como quiera que las demandadas ya habían emitido una decisión respecto a la indexación, la parte demandante tenía la obligación de poner en conocimiento de aquellas, las reclamaciones que hoy se presentan por vía jurisdiccional, para que las entidades las conociera y tuvieran la oportunidad de tomar una decisión al respecto, o modificar el reconocimiento realizado en el acto administrativo.

En el caso concreto, la entidad territorial al resolver las reclamaciones de la parte demandante, claramente expresó que las sumas reconocidas se encontraban indexadas, afirmación frente a la cual la parte demandante no realizó reparo alguno, ni en sede administrativa ni judicial, pues centró su inconformidad en el rechazo de los intereses moratorios.

En cuanto a la segunda: en aplicación a los principios de favorabilidad y de las facultades *extra y ultra petita*, si es viable indexar de oficio estos valores, siempre y cuando haya transcurrido más de un mes, por cuanto se trata de una pretensión basada en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo de reconocimiento de la indexación.

El término de *un mes* entre la fecha del reconocimiento y la fecha de pago, resulta prudencial, proporcionado y necesario para que la administración culminar el proceso de homologación y nivelación salarial y realizara las gestiones para el pago, situación que impide la indexación de dichas sumas. Así lo ha precisado el H. Consejo de Estado en pronunciamiento del 21 de junio de 2018[17]:

---

[16] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de agosto de 2007, exp. 76001-23-31-000-2001-00863-01(0065-06), C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Igualmente, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2002, exp. 23001-23-31-000-1998-00502-01(3829-00), C.P. Alberto Arango Mantilla; Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 05001-23-31-000-1996-0729-01(0792-02), C.P. Nicolás Pajaro Peñaranda; Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2004, exp. 25000-23-25-000-1998-3730-01(2328-02), C.P. Nicolás Pajaro Peñaranda; Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2004, exp. 76001-23-31-000-2000-00969-01(2142-02), C.P. Tarcisio Cáceres Toro; Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2006, exp. 25000-23-25-000-2001-09331-01(2294-05), C.P. Tarcisio Cáceres Toro; Subsección B, sentencia del 19 de julio de 2007, exp. 25000-23-25-000-2002-06813-01(6813-05), C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; y Subsección A, sentencia del 7 de noviembre de 2013, exp. 08001-23-31-000-2009-00907-01(0643-13), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

[17] Sección Segunda. Sentencia, Rad: 73001-23-33-000-2014-00251-01(2121-15)

> *"Ahora bien, frente al reconocimiento efectuado por el tribunal de instancia respecto de los intereses generados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, esta Sala de Subsección se permite precisar que no le asiste razón al a quo, debido a lo anteriormente ilustrado y en consideración* ***a que trascurrió tan solo un mes*** *entre el acto administrativo que reconoció el derecho y el que ordenó el pago, evidenciándose un lapso mínimo, prudente y proporcional, teniendo en cuenta la magnitud de los trámites económicos y administrativos para culminar el proceso de homologación y nivelación salarial.*
>
> *En efecto, ninguna de las entidades accionadas incurrió en mora, puesto que no existe como tal la causación de unas sumas que por lo demás nunca se adeudaron."*

En sentencia del 23 de agosto de 2018[18], sobre el término racional para el pago, señaló:

> *"Ciertamente, no se comparte la decisión adoptada por el Tribunal de instancia en la sentencia objeto de censura, en el sentido de reconocer los intereses legales equivalentes al 6% anual, causados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, en cuanto al revisar lo realizado, solo* ***transcurrió poco más de un mes****, entre la expedición del acto que le reconoció el derecho a la demandante (Resolución 05011 del 20 de noviembre de 2012) y el acto que ordenó el correspondiente pago (Resolución 05602 del 26 de diciembre de 2012); considerándose un término racional por parte de la administración, para cumplir con la obligación del pago retroactivo ante la homologación y nivelación realizada en la planta de personal administrativo y que no acarrea una sanción para las entidades públicas demandadas. Así las cosas, no se accederá al reconocimiento de intereses causados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, a contrario sensu de lo dispuesto por el Tribunal en el curso de la primera instancia."*

En el caso bajo estudio, los pagos realizados con ocasión de los valores reconocidos en la Resolución 605 de abril 11 de 2014, fueron efectuados con posterioridad a su ejecutoria, situación que en otros asuntos análogos ha dado lugar a que este Tribunal ordene la indexación de dichos valores entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento y la fecha de pago.

Sin embargo, cabe advertir que en el presente asunto el pago fue efectuado en el mes de mayo de 2014 y la Resolución 605 fue emitida el 11 de abril de 2014, es decir, que no transcurrió más de un mes, entre la fecha del reconocimiento y la fecha de pago, tiempo que resulta prudencial, proporcionado y necesario para la administración culminar el proceso de homologación y nivelación salarial y realizar las gestiones para el pago, situación que impide la indexación de dichas sumas.

3. Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que no es procedente ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios por concepto del supuesto pago tardío de la homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, deben ser negadas las pretensiones de la demanda.

---

[18] Sección Segunda. Subsección B. Rad.: 73001-23-33-000-2014-00403-01(4589-15)

Además, teniendo en cuenta que no transcurrieron más de un mes, entre la resolución que reconoce el retroactivo por homologación y la indexación y la fecha del pago del mismo, el Tribunal se abstiene de ordenar una actualización.

4. Costas en primera instancia

Conviene precisar que a voces del artículo 188 del CPACA, "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*"; y comoquiera que en el presente proceso se planteó un interés particular (en tanto no se trata del medio de control de simple nulidad, repetición, defensa de intereses colectivos etc., sino del de nulidad y restablecimiento del derecho), la conclusión apunta a que en la sentencia, tal y como se hizo en su momento, ciertamente resultaba procedente la decisión o pronunciamiento sobre la condena en costas.

El *a quo* en atención a la actividad desplegada por la parte accionada dentro del trámite procesal procedió a fijar las agencias en derecho a cargo de la demandante. En efecto, revisadas las actuaciones realizadas en el proceso, – en lo que al trámite de la primera instancia se refiere-, se considera que las agencias que se fijaron a favor de la parte demandada, están debidamente justificadas por la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por las apoderadas de la parte demandada; así mismo, en atención a la cuantía de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

En tales condiciones, se confirmará la sentencia proferida.

5. Costas en esta instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte actora, en favor de la entidad demandada Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por no prosperar el recurso de apelación interpuesto y además teniendo en cuenta que la parte demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente durante el trámite de esta instancia.

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija una suma equivalente al 5% del valor de las pretensiones de la demanda, a cargo de la parte actora y a favor de las entidades demandadas por partes iguales. Según lo dispone el artículo 366 del CGP, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

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,

RESUELVE:

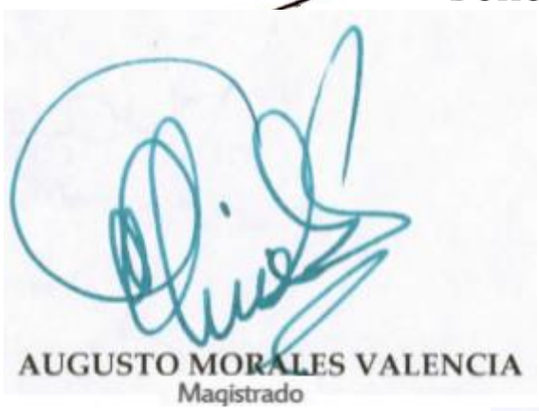
Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió Rodrigo Cañas Grisales contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Manizales.

Segundo. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte actora, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, por lo brevemente expuesto. **FÍJASE** suma equivalente al 5% del valor de las pretensiones de la demanda, a cargo de la parte actora y a favor de la **Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



(SALVA VOTO)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 262

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-39-005-2017-00435-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	María Margarita Salazar Serna
Accionado	Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 1558-6 de 23 de febrero de 2016, 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 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 pensional de jubilación a través de la Resolución 0635 de 19 de febrero de 2008. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, 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 al acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

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

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

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

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la 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 la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

-Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación nacional, por cuanto el acto administrativo demandado fue expedido por la Secretaria de Educación del departamento. - ***Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:*** Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago

de las prestaciones. - ***Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica*****:** Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. -***Prescripción***: Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. -***Cobro de lo no debido*****:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. -***Buena fe*****:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante. 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 no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

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 la pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso, de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

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

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

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

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA[1], 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 Ibídem.

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.

[1] Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

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 0635 de 19 de febrero de 2008, se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante a partir del 17 de julio de 1997; reliquidada mediante Resolución 1201 de 1 de agosto de 2002. (Fl. 26 y 27 C. 1)

- La demandante mediante escrito radicado el 27 de enero de 2016 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. (Fl. 21-23 C. 1)

- A través de la Resolución 1558-6 de 23 de febrero de 2016, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 28 y 29 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 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 1976[2], 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 1988[3] 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 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,*

---

[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*

*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, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexequible 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 1994[4], en la que señaló:

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

"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:

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

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

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, ***pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor***

> ***sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.***
>
> *De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada".*

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

De otro lado, la Ley 238 de 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 parágrafo:*
>
> *"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los* ***beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".***

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 Estado[5], 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. ° 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*

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

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

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

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

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

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 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 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 Indice 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 salarió 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 salarió 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 16 de diciembre de 2019 por Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por María Margarita Salazar Serna en contra de 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. 034 de 2020.

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. 263

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-39-006-2018-00149-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	María Miladys Vargas Aguirre
Accionado	Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 1198-6 de 31 de enero de 2018, 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 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 pensional de jubilación a través de la Resolución 2001-6 de 8 de marzo de 2016. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, 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 al acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

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

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

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

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la 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 la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda. Propuso las excepciones:

-Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación nacional, por cuanto el acto administrativo demandado fue expedido por la Secretaria de Educación del departamento. - ***Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:*** Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. ***– ´Caducidad de la acción´; - Inexistencia de la causa por inexistencia***

jurídica*:** Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. -Prescripción***: Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. -***Cobro de lo no debido*:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. -***Buena fe*:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *Inexistencia de la causa por inexistencia jurídica; negó* las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas. Para ello analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, y señaló que a la demandante le es aplicable para efectos del incremento de su pensión lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la Ley 238 de 1995 qué adiciona 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 eran para los sector exceptuados del régimen general de pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 quedaron sin efecto las disposiciones contrarias, esto es el artículo primero de la Ley 71 de 1988; ademas, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no conlleva la vulneración del principio de favorabilidad.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; en síntesis señaló que la decisión desconoce derechos y principios constitucionales como el de la favorabilidad, legalidad, supremacía de la Constitución y primacía de lo especial sobre lo general. Precisó que, la ley 100 de 1993 excluyó a los docentes del sistema de Seguridad Social Integral de Se Seguridad Social. Por tanto, la ley 71 de 1988 no se encuentra derogada y por otra parte la Ley 238 de 1995 esta instituida exclusivamente para otorgar beneficios y derechos a los regímenes exceptuados.

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.

En cuanto a la condena en costas precisó las normas que regulan la materia y resaltó que ellas debían estar probadas.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA[1], 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 Ibídem.

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 2001-6 de 8 de marzo de 2016, se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante, a partir del 11 de diciembre de 2015. (Fl. 11 C. 1)

- La demandante mediante escrito radicado el 3 de enero de 2018 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. (Fl 17-20 C. 1)

- A través de la Resolución 1198-6 de 31 de enero de 2018, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 14-15 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

[1] Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

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 1976[2], 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 1988[3] 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.

---

[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*

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 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 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, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexequible 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 1994[4], 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, 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:

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

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

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

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

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

De otro lado, la Ley 238 de 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 parágrafo:*
>
> *"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los* ***beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".***

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 Estado[5], 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. ° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[…]*
>
> *En esas condiciones,* ***no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.***

[5] Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Seccion 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 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 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 Indice 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*

salarió 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 salarió 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 primera instancia

Conviene precisar que a voces del artículo 188 del CPACA, "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*; y comoquiera que en el presente proceso se planteó un interés particular (en tanto no se trata del medio de control de simple nulidad, repetición, defensa de intereses colectivos etc., sino del de nulidad y restablecimiento del derecho), la conclusión apunta a que en la sentencia, tal y como se hizo en su momento, ciertamente resultaba procedente la decisión o pronunciamiento sobre la condena en costas.

El *a quo* en atención a la actividad desplegada por la parte accionada dentro del trámite procesal procedió a fijar las agencias en derecho a cargo de la demandante. En efecto, revisadas las actuaciones realizadas en el proceso, – en lo que al trámite de la primera instancia se refiere-, se considera que las agencias que se fijaron a favor de la parte demandada, están debidamente justificadas por la naturaleza, calidad y duración de la gestión útil desplegada por las apoderadas de la parte demandada; así mismo, en atención a la cuantía de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

En tales condiciones, se confirmará la sentencia proferida.

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 dictada el 28 de junio de 2019 por Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por María Miladys Vargas Aguirre en contra de 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. 034 de 2020.

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 ESPACIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No 271

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17-001-33-39-753-2015-00294-02
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Luis Alfonso Andica Bañol
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación Departamento de Caldas

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, y el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, procede a resolver 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

En síntesis solicita se declare la nulidad de la Resolución 4261-6 de 22 de mayo de 2015, expedida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas, por medio de las cuales se desconocieron y negaron los intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial.

Como consecuencia de la anterior, se declare que tiene pleno derecho a que las demandadas, le reconozcan y paguen los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación, hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial.

Solicita además se condene a las demandadas a pagar el interés bancario corriente desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva del pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos. Y se ordene liquidar y pagar los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de indexación salarial se reconoció.

1.2. Sustento Fáctico

En síntesis señala que, laboró en la Secretaría de Educación del departamento de Caldas en calidad de personal administrativo. Que mediante Resolución 1700-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 4453-6 de 28 de junio de 2013, se reconoció a favor del

accionante el pago de retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009.

Que el pago fue efectuado el 15 de mayo de 2013.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocan la Constitución Política, artículos 1, 13 y 53; el Código Civil, artículo 1617. Tras un recuento de las particularidades del proceso de homologación adelantado respecto del personal administrativo de la Secretaria de Educación, advierte que las entidades demandadas debieron efectuar la homologación de cargos de forma previa a la incorporación de la planta de personal adscrita al nivel nacional hacia el orden territorial, proceso que al no adelantarse de tal manera generó que la homologación y nivelación salarial fuese cancelada años después de haberse causado, lo que explica los intereses pretendidos.

Se arguye que con la negativa al reconocimiento de intereses sobre los valores reconocidos retroactivamente por concepto de nivelación salarial, se vulnera el principio constitucional de favorabilidad laboral.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

El **Departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones de la demandante, aduciendo que a la parte demandante no le asiste derecho, lo cual expuso mediante su defensa.

Como argumentos de defensa realizó un recuento de lo sucedido en el proceso de homologación y nivelación salarial, respecto de los docentes en el sector educativo.

Finalmente señala que lo recibido por la parte demandante fueron dineros dentro del proceso de homologación y nivelación salarial que al estar indexado no da lugar a reclamar ninguna sanción moratoria, en calidad de intereses, ya que se estaría pretendiendo, a su criterio, que el Departamento de Caldas incurra en una doble sanción.

Como medios exceptivos formuló: "*Falta de legitimación en la causa por pasiva"* fundada en que fue el Ministerio de Educación Nacional quien designó los recursos para el reconocimiento de la homologación salarial; "*Buena fe*" como quiera que se ajustó al trámite establecido en la ley; *"Inaplicabilidad de los intereses moratorios"*, teniendo en cuenta que los dineros que recibió la parte demandante por parte del Departamento de Caldas – Secretaría de Educación con recursos del Sistema General de Participaciones, fueron producto de un proceso de nivelación y homologación salarial y no el pago de cesantías como se pretende hacer valer en el presente proceso.

El **Ministerio de Educación Nacional** no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada *la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva"*, formulada por el departamento de Caldas y negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para tomar la anterior decisión, el Juez de primera instancia indicó que al haberse demostrado que a la demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de homologación y nivelación salarial, resulta improcedente ordenar el reconocimiento de

intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

Señala que la indexación está dirigida a actualizar una deuda laboral o pensional con el índice de precios al consumidor, para así aminorara los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, mientras que los intereses moratorios involucran un componente inflacionario que afecta el poder adquisitivo de dinero.

4. **Recurso de apelación**

La parte demandante expone que, la Corte Constitucional en diferentes oportunidades se ha referido a la tasación y a la condena de intereses moratorios cuando se presenta mora en el pago de obligaciones originadas en vínculos laborales, como en la sentencia T-418 de 1996.

Con fundamento en pronunciamientos del Consejo de Estado señala que no solo se debe reconocer indexación de los valores adeudados sino que deben pagarse los correspondientes intereses de mora, pues de ninguna manera la indexación excluye el derecho a reclamar intereses moratorios cuando existe retardo en los pagos debidos.

Que El pago de la indexación Correspondió a una cifra íntima e interior a la que realmente se debe pagar por los perjuicios a los que fue sometido, por lo que para garantizar el derecho del demandante a la reparación integral por el daño causado, es preciso que se reconozca y pague el valor de los intereses moratorios, pues claro que el valor liquidado pagado el demandante en 2013 por concepto de dicha homologación salarial, en manos de la entidad por más de 16 años indudablemente le generó ganancias superiores a las que fueron pagadas al demandante por concepto de indexación, constituyéndose dicha situación en un empobrecimiento sin causa para el trabajador.

5. **Alegatos de conclusión de segunda instancia**

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico

De conformidad con la sentencia y el escrito de apelación los problemas jurídicos son los siguientes:

¿Se causaron intereses en virtud de la mora en el pago de los valores por homologación y nivelación salarial?

¿Es procedente el reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado a la parte actora?

Para resolver los problemas planteados, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: i) el proceso de homologación y nivelación salarial; ii) los intereses moratorios y la indexación; iii) los hechos probados y vii) el caso concreto.

2.2. Proceso de homologación y nivelación salarial

Con la Ley 43 de 1975 se nacionalizó la educación que prestaban los entes territoriales, empero con el fin de desarrollar los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política de 1991, se expidió la Ley 60 de 12 de agosto de 1993, que dispuso la descentralización de este servicio, por lo cual se efectuó el traslado y la entrega por parte de la Nación a los departamentos de los bienes, personal y establecimientos educativos. Posteriormente se emitió la Ley 715 de 21 de noviembre de 2001 sobre la municipalización de la educación que había quedado en manos de los departamentos y distritos.

Este proceso implicó el ajuste de las planta de personal administrativo que prestaban sus servicios a la Nación en las instituciones educativas, para pasar a ser incorporados a las plantas de los entes territoriales, siendo la referida Ley 715 de 2001 la que señaló expresamente el procedimiento a seguir para concentrar estas plantas en los departamentos, distritos y municipios.

El Ministerio de Educación Nacional mediante Directiva No. 10 de 30 de junio de 2005, determinó los criterios y pasos a tener en cuenta para llevar a cabo la homologación de cargos y la nivelación salarial del personal administrativo, y señaló con base en el Acto Legislativo 01 de 2005 que en los casos en que el proceso de incorporación y homologación conllevara la nivelación de salarios, estos rubros retroactivos serían asumidos con recursos del sistema general de participaciones, previa disponibilidad presupuestal o a cargo de la Nación a falta de dicha disponibilidad.

2.3. Intereses moratorios e indexación

Los intereses moratorios son concebidos como la compensación económica de carácter indemnizatorio que debe cancelar el deudor obligado al pago de sumas de dinero, que incumple con la fecha legal o contractualmente establecida para el cumplimiento de la obligación, en tal sentido el Código Civil señala:

> *"Artículo 1617: Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*
> *1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.*
> *El interés legal se fija en seis por ciento anual.*
> *2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.*
> *3a.) Los intereses atrasados no producen interés.*
> *4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".*

En materia laboral, los intereses moratorios son reconocidos como una sanción al empleador -u otro obligado al pago de prestaciones laborales- que ha incumplido con el pago de las acreencias salariales o prestacionales de sus empleados, en los términos legales establecidos para su causación y exigibilidad, empero debe advertirse que dada su naturaleza sancionatoria estos requieren de expresa consagración legal. En tal sentido el H. Consejo de Estado justamente en un asunto como el aquí discutido expuso: *"Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que*

reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto…"[1].

Por su parte, la indexación dispone una corrección monetaria por los fenómenos inflacionarios propios del sistema económico nacional, esto es, que el valor adeudado se actualice y mantenga el mismo poder adquisitivo al momento de su pago, así lo ha expresado el H. Consejo de Estado al advertir que: *"El propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente".*[2]

Los intereses moratorios y la indexación no son acumulables, considerando que los primeros inician con la mora en el crédito u obligación, en tanto el período de la indexación está dado entre la fecha del crédito, capital u obligación y la fecha en que se quiere actualizar, no siendo relevante la existencia de la mora.

No obstante lo anterior, es preciso indicar que la incompatibilidad debe entenderse entre la indexación y los intereses que lleven implícitos la corrección monetaria, por cuanto existe una excepción en tratándose del interés legal en materia civil, el cual corresponde al 6 % anual, en razón a que en este último tipo de interés no contempla la devaluación del dinero.

Al respecto, el Consejo de Estado[3], ha señalado lo siguiente: *"…no es procedente la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, toda vez que la tasa de interés comercial lleva en su interior la corrección monetaria. No obstante, la actualización sí puede concurrir cuando se condena al pago del interés legal civil, por cuanto esa tasa de interés no incluye ningún valor por devaluación del dinero, distinta a la tasa de interés corriente bancario que es más alta en atención a que incluye la devaluación."*

Por último, sobre la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, el Consejo de Estado[4] en reciente providencia precisó:

> *"Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.*
>
> *Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto".*

2.4. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

---

[1]Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de diciembre de 2017, Rad. 0905-2015.
[2]Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia del 30 de mayo de 2013, Rad. 2006-00986-01.
[3]Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2004, Rad. 08001-23-31-000-2000-2482-01(24935).
[4] Sección Segunda, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15). Pág.738.

- Mediante Resolución 1700-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 4453-6 de 28 de junio de 2013 se reconoció a favor del accionante el pago de retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009. (Fls. 17-23 C 1)

- Dicho reconocimiento incluyó los valores correspondientes a los pagos retroactivos de los rubros no cancelados por concepto de "sueldo", "prima técnica", "bonificación [por] servicios prestados", "prima de servicios", "bonificación especial recreación", "prima de navidad", "horas extras", "reintegro auxilio de trasporte" e indexación de estos rubros.

- Según certificación expedida por la Secretaria de Educación Departamental el retroactivo reconocido se liquidó a partir de 2007 y el pago fue efectuado el 15 de mayo de 2013. (Fl. 31 C 1)

- El 5 de junio de 2014 el accionante solicitó a la Secretaria de Educación del departamento de Caldas el reconocimiento y pago de los intereses moratorios generados ante la tardía nivelación salarial y pago del retroactivo. (Fl 24-25 C 1)

- Mediante Resolución 4261-6 de 22 de mayo de 2015, expedida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas, se negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados, como quiera que dichas sumas fueron debidamente indexadas al momento del pago. (Fl 27-30 C 1)

Descrito el escenario fáctico, se procede a dilucidar el problema jurídico planteado.

2.5. Caso concreto

La parte actora reclama el pago de intereses moratorios sobre las sumas que fueron reconocidas a título de nivelación salarial -pago retroactivo- al señalar que a su juicio estos se causaron cada periodo mensual corrido entre enero de 2007 hasta la fecha del pago efectivo, que fue efectuado el 15 de mayo de 2013. (Estimación razonada de la cuantía de las pretensiones, fl 9-15 C 1)

La Sala no comparte la posición planteada por la parte actora, en tanto la obligación en cabeza de la administración de cancelar los valores por concepto de homologación y nivelación salarial, surgió en el momento en que fueron expedidos los actos administrativos que determinaron el derecho a su pago a favor de la parte accionante, pues hasta dicha fecha no existía pronunciamiento de la administración que permitiera su exigibilidad.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los intereses moratorios en asuntos laborales, tampoco existía fundamento legal que otorgara el derecho a reclamar intereses moratorios por pago tardío de una homologación y nivelación salarial, o que determinara su causación y exigibilidad de forma automática en el momento mismo en que la parte accionante fue incorporado a la planta de personal del ente territorial.

En tal sentido el H. Consejo de Estado ha desatado casos similares concluyendo:

> - *De igual manera, tal como lo ha señalado la Subsección en asuntos similares no puede concluirse que por el hecho de no haberse «pactado» el pago de un interés, deba acudirse en subsidio a la regla que trae el artículo 1617 del Código Civil, pues en estricto sentido no se está hablando de un asunto negocial, en el cual las partes involucradas puedan pactar a su arbitrio cláusulas contractuales; como ya se expuso, el reconocimiento de las sumas de dinero obedecieron a la homologación y nivelación que debió realizarse para que las plantas de*

personal administrativo, se ajustaran a la nueva reglamentación en cuanto a clasificación, nomenclatura, funciones y requisitos de los empleos del nivel territorial.

- *Finalmente, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se configuran los intereses moratorios.…"*[5]

Cabe advertir que la exigibilidad de la obligación contenida en la 1700-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 4453-6 de 28 de junio de 2013, difieren del concepto de causación del derecho y que la parte actora pretende equiparar, pues como atinadamente lo señalan los referidos actos administrativos, las sumas que por concepto de nivelación salarial fueron reconocidas, corresponden a una causación independiente para cada periodo laboral -según la prestación de que se trate, salario, prima, horas extras-, razón por la cual se reconoce al accionante en dichos actos la actualización monetaria de estas sumas, indexación que como lo ha expresado el H. Consejo de Estado atiende a los criterios de equidad y justicia que garantizan que los derechos económicos de las personas no se vuelvan infructuosos al momento de su pago por la devaluación de la moneda y resulta incompatible con la causación de intereses[6].

Así pues, frente al primer cuestionamiento planteado, se concluye que la parte actora no tiene derecho al reconocimiento de intereses con ocasión al pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, habrán de negarse las súplicas de la demanda.

2.6. Indexación de la homologación y nivelación salarial – Precedente horizontal

En casos similares[7], esta Corporación accedió a la actualización de sumas de dinero reconocidas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso de dos o más mensualidades, por la cual dicho retroactivo perdía poder adquisitivo y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria.

Lo anterior por razones de equidad y justicia, y en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, de las cuales goza el Juez en materia laboral, respecto de las cuales la Corte Constitucional, de tiempo atrás viene consolidando esta postura, como lo dijo en la sentencia C-662 de 1998:

Dentro de la potestad integradora de esta Corte para revisar la totalidad de la preceptiva legal demandada, conforme a la jurisprudencia de la Corporación, la Sala estima que la misma no contradice el ordenamiento superior, salvo en la expresión "de primera instancia", como así se declarará en la parte resolutiva del presente fallo. En consecuencia, los jueces laborales de única instancia en adelante están facultados para emitir fallos con alcances extra o ultra petita, potestad que se ejerce en forma discrecional, con sujeción a las condiciones exigidas, esto es, que los hechos en que se sustenta el fallo con esos alcances se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados.

[5] Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de diciembre de 2017, número 0905-2015.
[6] Ver al respecto, sentencia del 22 de abril de 2015. Rad: 25000-23-25-000-01312 (2506-2013), Sección Segunda.
[7] Ver sentencias dictadas el 31 de mayo de 2018, radicados 2016-00845, 2016-00857 y 2016-00884.

Por otro lado, se ha considerado que por razones de equidad y justicia, los valores que se deben pagar a los trabajadores, deben ser indexados si se pagan en fecha posterior a lo expresado en los actos administrativos, como lo ha dicho el Consejo de Estado[8]:

> *Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin». El pago de dichos intereses es por el periodo comprendido entre diciembre de 2003 al 12 de diciembre de 2007, que corresponde al plazo de mora de los salarios y prestaciones insolutos en favor de los demandantes hasta la liquidación definitiva de la E.S.E Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro y se liquidan hasta esa fecha; por ello, en criterio de la Sala no resulta razonable que ese monto fijo no sea susceptible de ser actualizado desde el 2007 hasta la presente fecha, en que se profiere la sentencia definitiva proferida por esta jurisdicción. En otras palabras, así como el tribunal definió que el acto administrativo esta nulo, porque no existía fundamento legal para el no pago de intereses moratorios, estos no deben ser pagados de manera menguada, empobrecida o depreciada por el efecto del paso del tiempo que se demoró esta jurisdicción en decidir el derecho a su pago.*

Por otro lado, se ha considerado que por razones de equidad y justicia, los valores que se deben pagar a los trabajadores, deben ser indexados si se pagan en fecha posterior a lo expresado en los actos administrativos, como lo ha dicho el Consejo de Estado[9]:

> *Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin». El pago de dichos intereses es por el periodo comprendido entre diciembre de 2003 al 12 de diciembre de 2007, que corresponde al plazo de mora de los salarios y prestaciones insolutos en favor de los demandantes hasta la liquidación definitiva de la E.S.E Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro y se liquidan hasta esa fecha; por ello, en criterio de la Sala no resulta razonable que ese monto fijo no sea susceptible de ser actualizado desde el 2007 hasta la presente fecha, en que se profiere la sentencia definitiva proferida por esta jurisdicción. En otras palabras, así como el tribunal definió que el acto administrativo esta nulo, porque no existía fundamento legal para el no pago de intereses moratorios, estos no deben ser pagados de manera menguada, empobrecida o depreciada por el efecto del paso del tiempo que se demoró esta jurisdicción en decidir el*

[8] Sección Segunda, 23 de marzo de 2017, Número interno (2284-13)
[9] Sección Segunda, 23 de marzo de 2017, Número interno (2284-13)

derecho a su pago.

En el caso bajo estudio, en cuanto a la indexación deben distinguirse dos momentos: i) la generada antes de la resolución de la liquidación del reajuste por concepto de la homologación y nivelación salarial y ii) la genera entre esta fecha y el pago del valor del ajuste.

En cuanto a la primera: Como quiera que existe un acto administrativo expreso que se refirió y que reconoció la indexación, la parte demandante debía previamente poner en conocimiento de la administración, las razones y los argumentos por los cuales no se encuentra de acuerdo con la decisión de la administración, en cuanto reconoció la indexación hasta una fecha determinada, con el fin de provocar un pronunciamiento por la entidad, sea expreso o tácito, que abra la posibilidad de demandar.

La anterior con fundamento en *"principio de decisión previa"*[10], desarrollado por el Consejo de Estado, el cual implica la presentación de una petición mediante la cual se reclame el reconocimiento del derecho, y finaliza con la expedición de un acto administrativo expreso o con el efecto del silencio administrativo que decide la actuación, contra el cual deben interponerse los recursos obligatorios procedentes.

En efecto, *"[l]a razón de la exigencia legal del señalado agotamiento deviene del principio llamado de la decisión previa que le permite a la administración, antes de acudir al medio judicial, que revise sus propios actos y otorga a los administrados una garantía sobre sus derechos al presentar motivos de inconformidad para que sea enmendada la actuación si es del caso, antes de que conozca de ella quien tiene la competencia para juzgarla"*[11].

Esta exigencia de la Ley se corresponde, además, a que la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez. *"La reclamación previa constituye un privilegio por cuanto permite a la administración volver a pensar o considerar mejor la decisión que se impugna o resiste para el administrado también puede resultar ventajoso ya que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito*".[12]

La tesis jurisprudencial trascrita, fue reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 7 de noviembre de 2013[13], que señaló:

> *"De manera que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho exige como presupuesto indispensable que exista una decisión de la administración que modifique, cree o extinga la situación jurídica particular del interesado, o mejor dicho, un acto administrativo que establezca una relación jurídica determinada en relación con sus derechos subjetivos. En esas condiciones, resulta claro que en este caso no se configura tal requisito, que es necesario para iniciar la reclamación haciendo uso de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.*
>
> *La actora debió provocar el pronunciamiento de la administración para que ésta, mediante acto administrativo fijara su posición en relación con los derechos de los que creía gozar,*

[10] Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A - 26 de abril de 2018 - radicación número: 52001-23-33-004-2014-00276-01(3164-15).
[11] Sentencia de 21 de junio de 2002, Exp. 12382.
[12] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "B". Auto de 19 de octubre de 2006. Expediente: 44001233100020010070101.
[13] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub sección "A". Expediente: 08001-23-31-000-2009-00907-01.

concretamente para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, para que, con base en tal manifestación, pudiera acudir a la acción judicial correspondiente, haciendo uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (…)".

Aunado a lo anterior, la misma Corporación en decisión proferida el 9 de abril de 2014[14] señaló que es necesario que en sede administrativa se exprese con claridad el objeto de la reclamación, pues, lo que se busca es que la jurisdicción contenciosa no inicie conflictos que no han sido planteados previamente ante la administración, así:

Finalmente, resulta necesario que en sede administrativa se exprese con claridad el objeto de su reclamación pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante la jurisdicción contenciosa no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. No quiere ello decir que sea imposible exponer argumentos nuevos para defenderla misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición.

Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos, lo que no le es dable a la demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación."

Específicamente, en materia laboral del Estado, escenario en el cual se traba una relación legal y reglamentaria entre el Estado y sus servidores, el Consejo de Estado ha insistido que, para que éstos puedan demandar la vulneración de sus derechos, deben poner primeramente sus desavenencias en conocimiento de la administración, en virtud del principio de decisión previa y por consiguiente, es indispensable que exista un acto expreso o ficto para que se demande mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Al respecto, se ha señalado[15]:

"13.1 Con observancia de lo expuesto, y teniendo en cuenta que las personas que se consideren lesionadas en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, deben demandar el acto administrativo que lo conculca con la finalidad de obtener el restablecimiento de aquél -artículo 138(…) del CPACA, cuya redacción es muy similar a la del artículo 85 del C.C.A.-, esta Corporación ha señalado que en las aducidas relaciones que se traban entre la administración y los particulares, las que evidentemente se configuran entre el Estado y los docentes de institutos de educación públicos -como sus servidores públicos de régimen especial-, y que corresponden a vínculos de carácter legal y reglamentario, ***es indispensable que éstos, antes de elevar sus reclamaciones relacionadas con dicha vinculación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las sometan a conocimiento de aquél, para efectos de que se pronuncie y proceda a acceder o a negar las solicitudes que se le presente, decisiones que luego de que se agoten los recursos obligatorios -en su tiempo, denominados como vía gubernativa-, sí resultan verificables a través de los medios de control jurisdiccionales establecidos para ello****".* (Se resalta)

Asimismo, se ha dicho:

"En cuanto, a la solicitud de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas

[14] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Expediente: 25000-23-25-000-2009-00462-01.
[15] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 73001-23-33-000-2012-00112-01, C.P. Danilo Rojas Betancourth

de devengar (…). *Sin embargo, para acceder a dicho reconocimiento por vía judicial, se hace indispensable que el particular acuda previamente ante la Administración, para que ésta tenga la oportunidad de pronunciarse al respecto, y se constituya de esta forma el acto administrativo acusable.//Lo anterior significa que para reclamar el pago de salarios y prestaciones sociales encubiertas por órdenes de servicio, es presupuesto en virtud del principio de la decisión previa obtener el pronunciamiento de la administración respecto de los derechos pretendidos, ejercitando el derecho de petición en aras de lograr un acto administrativo expreso o presunto, según el caso*"[16].

En conclusión, el pronunciamiento previo por parte de la administración, constituye un requisito *síne quo non* para demandar la nulidad de un acto administrativo particular.

En aplicación de lo expuesto, como quiera que las demandadas ya habían emitido una decisión respecto a la indexación, la parte demandante tenía la obligación de poner en conocimiento de aquellas, las reclamaciones que hoy se presentan por vía jurisdiccional, para que las entidades las conociera y tuvieran la oportunidad de tomar una decisión al respecto, o modificar el reconocimiento realizado en el acto administrativo.

En el caso concreto, la entidad territorial al resolver las reclamaciones de la parte demandante, claramente expresó que las sumas reconocidas se encontraban indexadas, afirmación frente a la cual la parte demandante no realizó reparo alguno, ni en sede administrativa ni judicial, pues centró su inconformidad en el rechazo de los intereses moratorios.

En cuanto a la segunda: en aplicación a los principios de favorabilidad y de las facultades *extra y ultra petita*, si es viable indexar de oficio estos valores, siempre y cuando haya transcurrido más de un mes, por cuanto se trata de una pretensión basada en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo de reconocimiento de la indexación.

El término de *un mes* entre la fecha del reconocimiento y la fecha de pago, resulta prudencial, proporcionado y necesario para que la administración culminar el proceso de homologación y nivelación salarial y realizara las gestiones para el pago, situación que impide la indexación de dichas sumas. Así lo ha precisado el H. Consejo de Estado en pronunciamiento del 21 de junio de 2018[17]:

"Ahora bien, frente al reconocimiento efectuado por el tribunal de instancia respecto de los intereses generados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, esta Sala de Subsección se permite precisar que no le asiste razón al a quo, debido a lo anteriormente ilustrado y en consideración ***a que trascurrió tan solo un mes*** *entre el acto administrativo que reconoció el derecho y el que ordenó el pago, evidenciándose un lapso mínimo, prudente y proporcional, teniendo en cuenta la magnitud de los trámites económicos y administrativos*

[16] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de agosto de 2007, exp. 76001-23-31-000-2001-00863-01(0065-06), C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Igualmente, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2002, exp. 23001-23-31-000-1998-00502-01(3829-00), C.P. Alberto Arango Mantilla; Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 05001-23-31-000-1996-0729-01(0792-02), C.P. Nicolás Pajaro Peñaranda; Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2004, exp. 25000-23-25-000-1998-3730-01(2328-02), C.P. Nicolás Pajaro Peñaranda; Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2004, exp. 76001-23-31-000-2000-00969-01(2142-02), C.P. Tarcisio Cáceres Toro; Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2006, exp. 25000-23-25-000-2001-09331-01(2294-05), C.P. Tarcisio Cáceres Toro; Subsección B, sentencia del 19 de julio de 2007, exp. 25000-23-25-000-2002-06813-01(6813-05), C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; y Subsección A, sentencia del 7 de noviembre de 2013, exp. 08001-23-31-000-2009-00907-01(0643-13), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

[17] Sección Segunda. Sentencia, Rad: 73001-23-33-000-2014-00251-01(2121-15)

para culminar el proceso de homologación y nivelación salarial.

En efecto, ninguna de las entidades accionadas incurrió en mora, puesto que no existe como tal la causación de unas sumas que por lo demás nunca se adeudaron."

En sentencia del 23 de agosto de 2018[18], sobre el término racional para el pago, señaló:

"Ciertamente, no se comparte la decisión adoptada por el Tribunal de instancia en la sentencia objeto de censura, en el sentido de reconocer los intereses legales equivalentes al 6% anual, causados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, en cuanto al revisar lo realizado, solo ***transcurrió poco más de un mes****, entre la expedición del acto que le reconoció el derecho a la demandante (Resolución 05011 del 20 de noviembre de 2012) y el acto que ordenó el correspondiente pago (Resolución 05602 del 26 de diciembre de 2012); considerándose un término racional por parte de la administración, para cumplir con la obligación del pago retroactivo ante la homologación y nivelación realizada en la planta de personal administrativo y que no acarrea una sanción para las entidades públicas demandadas. Así las cosas, no se accederá al reconocimiento de intereses causados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, a contrario sensu de lo dispuesto por el Tribunal en el curso de la primera instancia."*

En el caso bajo estudio, los pagos realizados con ocasión de los valores reconocidos en la Resolución 1700-6 de 22 de marzo de 2013, fueron efectuados con posterioridad a su ejecutoria, situación que en otros asuntos análogos ha dado lugar a que este Tribunal ordene la indexación de dichos valores entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento y la fecha de pago.

Sin embargo, cabe advertir que en el presente asunto el pago fue efectuado el 15 de mayo de 2013 y la Resolución N1700-6 fue emitida el 22 de marzo de 2013, es decir, que no transcurrió más de dos meses, entre la fecha del reconocimiento y la fecha de pago, tiempo que resulta prudencial, proporcionado y necesario para la administración culminar el proceso de homologación y nivelación salarial y realizar las gestiones para el pago, situación que impide la indexación de dichas sumas.

3. Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que no es procedente ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios por concepto del supuesto pago tardío de la homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, deben ser negadas las pretensiones de la demanda.

Además, teniendo en cuenta que no transcurrieron más de dos meses, entre la resolución que reconoce el retroactivo por homologación y la indexación y la fecha del pago del mismo, el Tribunal se abstiene de ordenar una actualización.

4. Costas en esta instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte actora, en favor de la entidad demandada Nación- Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por no prosperar el recurso de apelación interpuesto y además teniendo en cuenta que la parte demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente durante el

[18] Sección Segunda. Subsección B. Rad.: 73001-23-33-000-2014-00403-01(4589-15)

trámite de esta instancia.

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija una suma equivalente al 5% del valor de las pretensiones de la demanda, a cargo de la parte actora y a favor de las entidades demandadas por partes iguales. Según lo dispone el artículo 366 del CGP, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

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,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de abril de 2019, por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió Luis Alfonso Andica Bañol contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

Segundo. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte actora, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, por lo brevemente expuesto. **FÍJASE** suma equivalente al 5% del valor de las pretensiones de la demanda, a cargo de la parte actora y a favor de la **Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado
(SALVA VOTO)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 264

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-39-007-2018-00125-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Luz Helena Marulanda Peláez
Accionado	Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

El Tribunal Administrativo de Caldas, 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 8575-6 de 3 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: 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.

1.2. Sustento fáctico relevante

Al demandante le fue reconocida una pensional de jubilación a través de la Resolución 6736-6 de 31 de octubre de 2013. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, 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 al acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de

1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

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

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

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

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la 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. Pronunciamiento de los sujetos procesales

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

-Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación nacional, por cuanto el acto administrativo demandado fue expedido por la Secretaria de Educación del departamento. - ***Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:*** Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. ***– ´Caducidad de la acción´; - Inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*:** Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los

docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. -***Prescripción***: Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. -***Cobro de lo no debido*****:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. -***Buena fe*****:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *Inexistencia de la causa por inexistencia jurídica* propuesta por el Ministerio de Educación - *FNPSM y negó* las pretensiones de la parte demandante. Como fundamento de la decisión refirió que, al demandante le es aplicable para efectos del incremento de su pensión lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la Ley 238 de 1995 qué adiciona 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 eran para los sector exceptuados del régimen general de pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 quedaron sin efecto las disposiciones contrarias, esto es el artículo primero de la Ley 71 de 1988; ademas, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no conlleva la vulneración del principio de favorabilidad.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; en síntesis señaló que la decisión desconoce derechos y principios constitucionales como el de la favorabilidad, legalidad, supremacía de la Constitución y primacía de lo especial sobre lo general. Precisó que, la ley 100 de 1993 excluyó a los docentes del sistema de Seguridad Social Integral de Se Seguridad Social. Por tanto, la ley 71 de 1988 no se encuentra derogada y por otra parte la Ley 238 de 1995 esta instituida exclusivamente para otorgar beneficios y derechos a los regímenes exceptuados.

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.

En cuanto a la condena en costas precisó las normas que regulan la materia y resaltó que ellas debían estar probadas.

2. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA[1], 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 Ibídem.

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 6736-6 de 31 de octubre de 2013 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor del demandante. (Fl. 26 y 27 C. 1)

- La demandante mediante escrito radicado el 4 de octubre 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.

- A través de la Resolución 8575-6 de 3 de noviembre de 2017, la demandada denegó el ajuste deprecado.

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.

[1] Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

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 1976[2], 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 1988[3] 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".*

---

[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*

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 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 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, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexequible 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 1994[4], 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:

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

"Año Inflación Salario mínimo

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

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

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

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

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

De otro lado, la Ley 238 de 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 parágrafo:

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

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 Estado[5], 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. ° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[…]*
>
> *En esas condiciones,* ***no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.***
>
> *Conclusión:* ***Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales****.*
>
> ***De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella****"*

[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).

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 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 Indice 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 salarió 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 salarió 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 del 11 de septiembre de 2019 emanada del Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Luz Helena Marulanda Peláez dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM**.**

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 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. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 265

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-39-007-2018-00193-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Samuel Alfonso Peña Cortes
Accionado	Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y Departamento de Caldas

El Tribunal Administrativo de Caldas, 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 0943-6 de 10 de febrero de 2016 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se ordene a las demandadas: 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.

1.2. Sustento fáctico relevante

Al demandante le fue reconocida una pensional de jubilación a través de la Resolución 1163 de 1 de agosto de 2002. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, 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 al acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes en las mesadas pensionales, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo legal mensual vigente, establecido en la Ley 71 de

1989 y posteriormente en las Leyes 91 de 1989 y 100 de 1993; teniendo en cuenta las excepciones previstas en el artículo 279 de ésta última disposición.

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

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

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

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que la caracteriza. Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad, al omitir el estudio de la 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. Pronunciamiento de los sujetos procesales

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

-***Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación nacional***, por cuanto el acto administrativo demandado fue expedido por la Secretaria de Educación del departamento. - ***Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:*** Hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; indicó que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. – ***´Caducidad de la acción´; - Inexistencia de la causa por inexistencia jurídica*:** Apuntó que el ajuste de la pensión de jubilación, es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y no el previsto en la Ley 71 de 1988; además que la Ley 812 de 2003, integró a los

docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogación tácita de la normatividad anterior. -***Prescripción***: Solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. -***Cobro de lo no debido*:** Indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria; y por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria, deben contar con la respectiva apropiación presupuestal. -***Buena fe*:** Enfatizó que el pago no las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989.

El **departamento de Caldas - Secretaria de Educación**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas *´FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA´* mencionando que el FNPSM fue creado para encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos a nivel nacional; *´PRESCRIPCIÓN´*, de conformidad con los Decretos 3135/68 y 1848/69.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *Falta de legitimación en la causa* propuesta por el Departamento de Caldas y de *Inexistencia de la causa por inexistencia jurídica* propuesta por el Ministerio de Educación - *FNPSM y negó* las pretensiones de la parte demandante. Como fundamento de la decisión refirió que, al demandante le es aplicable para efectos del incremento de su pensión lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la Ley 238 de 1995 qué adiciona 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 eran para los sector exceptuados del régimen general de pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 quedaron sin efecto las disposiciones contrarias, esto es el artículo primero de la Ley 71 de 1988; ademas, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no conlleva la vulneración del principio de favorabilidad.

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 la pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

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

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

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

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

2. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA[1], 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 Ibídem.

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

[1] Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

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 1390 de 26 de noviembre de 2001 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor del demandante a partir del 19 de agosto de 2001; reliquidada mediante Resolución 1163 de 1 de agosto de 2002. (Fl. 26 y 27 C. 1)

- La demandante mediante escrito radicado el 27 de enero de 2016 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. (Fl. 21-23 C. 1)

- A través de la Resolución 0943-6 de 10 de febrero de 2016, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 33-34 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 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 1976[2], 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 1988[3] 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 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.

---

[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*

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, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexequible 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 1994[4], 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:*
>
> *"Año Inflación Salario mínimo*
>
> | | | |
> |---|---|---|
> | *1983* | *16.64* | *22%* |
> | *1984* | *18.28* | *22%* |
> | *1985* | *22.45* | *20%* |
> | *1986* | *20.95* | *24%* |
> | *1987* | *24.02* | *22%* |
> | *1988* | *28.12* | *25%* |
> | *1989* | *26.12* | *27%* |
> | *1990* | *32.36* | *26%* |
> | *1991* | *26.82* | *26.07%* |
> | *1992* | *25.13* | *26.04%* |
> | *1993* | *22.6* | *21.09%"* |
>
> *"Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.*

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

> *Así las cosas, no le asiste razón al demandante,* ***pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.***
>
> *De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada".*

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

De otro lado, la Ley 238 de 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 parágrafo:*
>
> *"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los* ***beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".***

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 Estado[5], 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*

[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).

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

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

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

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

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 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 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 Indice 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 salarió 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 salarió 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 del 18 de julio de 2019 emanada del Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Samuel Alfonso Peña Cortes dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM**.**

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 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. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

PROCESO No.	**17-001-33-33-001-2017-00394-02**
CLASE	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**BERNARDO ARCESIO TORO**
ACCIONADO	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Procede la Sala a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que accedió parcialmente las pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 26 de febrero de 2019 dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

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

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nro. GNR 278001 del 10 de septiembre de 2015 por medio de la cual se reconoció una pensión a favor del señor Bernardo Arcesio Toro López a partir del 1 de agosto de 2014.

2. Que se declare nulidad de la Resolución nº VPB 9587 del 26 de febrero de 2016 por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución nro. GNR 278001 del 10 de septiembre de 2015, confirmándola en todas sus partes.

3. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se declare que el actor tiene pleno derecho a que Colpensiones le reliquide la pensión a partir del 1 de enero de 2012 con lo devengado en el último año de servicios conforme lo establece la Ley 33 de 1985.

4. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos en el artículo 176 del CPACA y 178.

HECHOS

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

✓ El señor Arcesio Toro López nació el 11 de julio de 1955.

✓ prestó sus servicios en varias entidades públicas, teniendo un tiempo de servicio total de 21 años, 5 meses y 27 días.

✓ Presentó solicitud de reconocimiento de pensión el 18 de diciembre de 2014, siendo reconocida mediante la Resolución nro. GNR 278001 del 10 de septiembre de 2015 a partir del 1 de agosto de 2014, aplicándole régimen de transición por tener derecho a ello.

✓ Mediante Resolución GNR 2780001 del 10 de septiembre de 2015 se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de reconocimiento confirmándola en todas sus partes.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política: artículo 53; Ley 100 de 1993; Ley 33 de 1985; Decreto 1848 de 1969; y Ley 71 de 1988.

Adujo que la entidad violó la ley al momento de reconocer la pensión de jubilación al no liquidar la misma dando aplicación a la Ley 33 de 1985, es decir teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios, derecho que le asistía al ser beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993.

Continúa si escrito transcribiendo jurisprudencia del Consejo de Estado proferida respecto de este tema para concluir que se debe acceder a las pretensiones del actor.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

En cuanto a los hechos afirmó que son ciertos los relacionados con el reconocimiento de la pensión, pero aseguró que la misma se liquidó de conformidad con las normas que regulan el asunto.

Propuso como excepciones:

- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** sostuvo que no es posible acceder a la reliquidación pensional reclamada por el actor, toda vez que al dar aplicación a una normativa anterior en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre ella se puede aplicar lo relativo a la edad, semanas y monto, más no la forma de calcular el IBL con el cual se liquida la prestación.

- **Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados: a**firmó que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la prestación pensional son los que taxativamente contempla la norma, y sobre los cuales efectivamente se hubieran realizado las correspondientes cotizaciones.

- **Improcedencia jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas:** que teniendo en cuenta que el accionante es beneficiario del régimen de transición, la pensión debe liquidarse conforme lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no siendo posible reliquidarla en los términos solicitados.

- **Prescripción:** manifestó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en establecer que el derecho a la pensión no prescribe, pero las mesadas pensionales sí, y por ello solicitó que en caso de reconocerse algún derecho a favor del actor se dé aplicación a la prescripción del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

- **Buena fe:** afirma que las actuaciones de la entidad se han ceñido a los postulados de la buena fe y conforme a las normas vigentes.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 26 de febrero de 2019 el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en audiencia inicial, dictó sentencia mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si procedía el reajuste de la pensión de jubilación de la parte demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, y desde cuando se debería haber reconocido la pensión del actor.

Luego de hacer un recuento normativo, jurisprudencial, que incluyó el cambio de interpretación de las Altas Cortes respecto al ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y del material probatorio, evidenció que al actor aunque en primer momento se le reconoció la pensión con un 75% de un IBL conformado por lo devengado en los 10 últimos años de servicios, luego se le reliquidó la prestación para incluir en el IBL lo percibido en el último año de servicios, según la Ley 33 de 1985 y la Circular Interna 06 de 2013.

Concluyó que según la sentencia de unificación del Consejo de Estado no procede la reliquidación pensional con lo devengado en el último año de servicios, pues la transición respetando y tiempo de servicios, debiendo establecerse el IBL conforme a la Ley 100 de 1993, que para el caso concreto es lo devengado en los últimos 10 años. Sin embargo, si modifica la fecha de reconocimiento pensional, puesto que efectivamente el actor tiene derecho al reconocimiento desde el 1 de enero de 2012 y del 1 de agosto de 2014 como lo estableció a la entidad accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia a través de memorial que reposa de folios 145 a 153 del expediente.

Señala que la sentencia de unificación del Consejo de Estado constituye una regresión a los derechos laborales y violatoria de la Constitución Política. Que aplicar dicha postura va en contravía de los derechos del actor, puesto que al estar cubierto por el régimen de transición tiene derecho a que se le reliquide la pensión de sobrevivientes conforme a la Ley 33 de 1985, más aún cuando el derecho lo adquirió en el 2010, es decir antes de que se adoptará la nueva postura por parte del Consejo de Estado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: guardó silencio.

Parte demandada: insistió en su posición sobre la improcedencia de acceder a la reliquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante, ya que el precedente judicial de la Corte Constitucional es vinculante, de obligatorio cumplimiento

y prima sobre cualquier pronunciamiento que se encuentre en contravía de lo establecido por la corporación encargada de la guarda de la Constitución Política.

Adujo que su posición encuentra respaldo principalmente en la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional y en otros apartes jurisprudenciales que transcribió.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Como no se observa ninguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos

1. ¿A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente la de unificación del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la norma en comento que presentaron sus demandas antes de la expedición de la providencia mencionada?

2. ¿Tiene derecho el señor Bernardo Arcesio Toro López a que se reliquide su pensión de vejez con base en el 75% del promedio del salario devengado en el último año de servicios por estar cubierto por el régimen de transición?

En caso de que la respuesta anterior sea positiva se deberá determinar:

3. ¿Qué factores salariales ingresarían a conformar el ingreso base de liquidación de su pensión?

4. ¿Hay lugar a ordenar se realicen descuentos sobre nuevos factores salariales a incluir en el IBL; cuáles serían los parámetros para efectuar los mismos?

Lo probado en el proceso

- Mediante Resolución nº GNR 278001 del 10 de septiembre de 2015 se reconoce a favor del señor Bernardo Arcesio Toro López una pensión de vejez liquidando la misma con el promedio de los últimos 10 años de servicios (fol. 38 a 42, C.1)

- La decisión tomada por Colpensiones fue confirmada mediante Resolución nº VPB 9587 del 26 de febrero de 2016 (fol. 63 a 68, ibídem)

- Que conforme al certificado allegado el señor Toro López en el último año de servicio devengó además el sueldo básico la prima de servicio de junio, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de servicios de diciembre (fol. 69, ibídem)

- Que conforme a lo consignado en la Resolución nº GNR 278001 del 10 de septiembre de 2015 el señor Toro López, nació el 11 de julio de 1955 (fol. 38 ibídem)

Cuestión previa

Debe destacarse que en el presente proceso no está en discusión que el demandante se encuentre cubierto por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ya que las partes concuerdan en esto.

Primer problema jurídico

¿A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente la de unificación del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la norma en comento que presentaron sus demandas antes de la expedición de la providencia mencionada?

Tesis: El IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993 se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso, y con inclusión de los factores salariales sobre los que se hicieron aportes al sistema, ya que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 dispuso que el fallo se aplicaba de forma

retrospectiva a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias.

Antecedentes históricos jurisprudenciales

Respecto al ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, se presentó en el pasado una controversia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

I. El Consejo de Estado con algunas variables expuso desde la expedición de la Ley 100 de 1993 lo que finalmente determinó en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (número interno 0112-09), que las personas que reunían los requisitos de transición de esta ley tenían el beneficio de que para su pensión la edad, tiempo de semanas cotizadas y el monto de la misma se determinarían conforme a la ley anterior, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985. Que el término monto incluía no solo la tasa de remplazo sino además la base sobre la cual se aplicaba esta, y que los factores salariales a tener en cuenta no eran únicamente los expresamente señalados en la ley si no todos los que fueron devengados en el último año de servicios y que hayan sido recibidos de manera habitual y periódica como contraprestación, ya sea que sobre ellos se hubiere cotizado o no, pues en este último caso se reconocían estos factores pero se autorizaba a las cajas correspondientes para que del mayor valor determinado se descontara lo correspondiente.

II. Mediante sentencia C-258 de 2013 [1] la Corte Constitucional frente a cómo se determinaría el IBL para los beneficiarios de transición señaló:

> ***4.3.6.3.*** *Sobre el Ingreso Base de Liquidación*
>
> *Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia:* ***(i)*** *para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería* ***(a)*** *"el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta" para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o* ***(b)*** *el promedio de lo "cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE". (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para*

> *reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo ibídem solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100 (...).*

Como consecuencia de esta sentencia, para la pensión de los Congresistas, el IBL se determinaría conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el caso.

III. Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015 extendió lo manifestado en la sentencia C-258 de 2013 a los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró las consideraciones allí expuestas relacionadas con el ingreso base de liquidación. Así mismo, interpretó lo que debe entenderse por la expresión "monto" que determinó el artículo 36 de la Ley 100, y señaló que se refiere únicamente a la tasa de remplazo y que no incluye el IBL, el cual se deberá determinar conforme lo señala esa disposición, refiriéndose al artículo 21 y al inciso 3 del artículo 36 de esa ley.

IV. Frente a la anterior posición el Consejo de Estado se mantuvo en su tesis inicial, y así se señaló en la sentencia de unificación de la Sección Segunda de fecha 25 de febrero de 2016, radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01, en la cual planteó argumentos jurídicos con los cuales debatió los postulados expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015.

V. La Corte Constitucional, entre otras, con las sentencias sentencia SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 mantuvo su posición, y exigió que esta interpretación debía ser tenida como precedente obligatorio.

VI. Finalmente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha agosto 28 de 2018, expediente 2001-23-33-000-2012-00143-01, unificó el tema con el siguiente tenor:

> ***Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición***
>
> *92. **De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:***
>
> *"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para*

aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

(...)

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periodicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.
103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

De la anterior sentencia de unificación se puede extractar:

- Que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cobija únicamente la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión estipulado en la ley anterior.

- Que la expresión "monto de la pensión" hace referencia únicamente al porcentaje o tasa de remplazo aplicable al IBL, y, por tanto, a las personas cobijadas por el régimen de transición se les debe liquidar su pensión con el IBL en la forma señalada en el artículo 21 y/o inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

-Que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión solamente los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

El Tribunal Administrativo de Caldas acoge los precedentes tanto de la Corte Constitucional como el ahora expuesto en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, que incluso sobre los efectos de este fallo dispuso lo siguiente:

Efectos de la presente decisión

> *113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.*
>
> *114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política[36]. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.*
>
> *115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a 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.*
>
> *116. Para la Sala, 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.*
>
> *117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron 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.*
>
> *118. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo (subrayado Sala de Decisión).*

Según lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencia SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 sobre la obligatoriedad del precedente frente al tema del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pero especialmente lo determinado por el Consejo de Estado como órgano de cierre de esta jurisdicción en la providencia del 28 de agosto de 2018, no es de recibo el argumento de la parte actora relacionado con que esta última providencia, especialmente, se aplicó de manera retroactiva al caso del demandante, puesto que para el momento en que fue proferida la sentencia de primera instancia, y ahora la de segunda instancia, el precedente judicial vigente a través del cual se unificó la controversia en la materia ya había sido expedido, razón por la cual era de acatamiento obligatorio para el juez natural de la causa.

En lo que respecta a la vulneración del principio de confianza legítima alegada por la parte recurrente con ocasión del cambio de jurisprudencia, debe precisarse que el Máximo Tribunal Administrativo en sentencia de tutela del 26 de septiembre de 2016[2] precisó lo siguiente:

> *Es importante considerar que la Constitución Política establece una serie de principios que propenden por la salvaguarda de los intereses de los asociados frente a las decisiones del Estado, que pudieren*

alterar significativamente las relaciones que surgen entre el Estado y los administrados. Dentro de esos principios la Sala destaca el de la confianza legítima.

Precisamente, la Corte Constitucional ha sido uno de los órganos que más ha recurrido a ese principio para proteger la integridad del ordenamiento constitucional o amparar derechos fundamentales de las personas. Sobre el principio de la confianza legítima, señaló:

Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación[3].

Bajo esa perspectiva, la confianza legítima se erige como garantía del administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas —trátese de órgano legislativo, administración pública o autoridades judiciales—

Ahora bien, es de anotar que la confianza legítima no tiene la connotación de principio absoluto y, por tanto, es factible su limitación o restricción, en razón de otros principios constitucionales que también ameriten aplicación según las particularidades del caso. Así, la confianza legítima debe ceder, por ejemplo, frente a un interés público imperioso que se le contraponga.

Generalmente, se habla de confianza legítima en las actuaciones administrativas y en la expedición de leyes. Empero, a juicio de la

> *Sala, nada obsta para que se refiera también a la expedición de sentencias.*
>
> *Como se sabe, los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutico lleva implícito la posibilidad de hallar diferentes significados a las disposiciones normativas y, por lo tanto, un análisis serio y argumentado puede poner de manifiesto la equivocación de una tesis que antes se admitía como válida.*
>
> *En principio, cuando las autoridades judiciales varían la jurisprudencia no desconocen el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato judicial y que, en estricto sentido, sería la primera que afrontaría las consecuencias adversas del cambio jurisprudencial, toda vez que es perfectamente posible que el nuevo sentido jurisprudencial busque efectivizar otros principios que demanden aplicación y que, dada la importancia que revisten en el asunto, deben prevalecer ante la confianza legítima.*

En el caso de las personas cubiertas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se hizo necesario modificar la postura que se había adoptado desde la sentencia del 4 de agosto de 2010 en aras de efectivizar el principio de solidaridad en materia de seguridad social, sin que tal cambio jurisprudencial, para esta Sala de Decisión, haya dado lugar a desconocer el principio de la confianza legítima.

Como se adujo en líneas anteriores, y frente al primer problema jurídico, por respeto al precedente, la Sala acoge la postura de las Altas Cortes, especialmente la del Consejo de Estado, que disponen que el IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993, como es el caso del actor, se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso.

Segundo y tercer problema jurídico

¿Tiene derecho el señor Bernardo Arcesio Toro López a que se reliquide su pensión de vejez con base en el 75% del promedio del salario devengado en el último año de servicios por estar cubierto por el régimen de transición?

En caso de que la respuesta anterior sea positiva se deberá determinar:

¿Qué factores salariales ingresarían a conformar el ingreso base de liquidación de su pensión?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que el accionante no tiene derecho a que el IBL de la pensión esté conformado por los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios, ya que el ingreso base de liquidación debe calcularse según los postulados de la Ley 100 de 1993, y con los factores salariales sobre los que haya realizado cotizaciones.

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que como se indicó será la que acoge esta Corporación, se entiende entonces que en aplicación de esta para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior, en este caso, la Ley 33 de 1985.

Y para determinar el IBL la liquidación debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, según el tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC.

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta, según lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados por el accionante durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, esto es: asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica, cuando sea factor de salario; primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; remuneración por trabajo dominical o festivo; remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y bonificación por servicios prestados.

En este caso la parte demandante solicitó que su pensión fuera reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, lo cual no es procedente de conformidad con lo discurrido, por cuanto a las personas beneficiarias del régimen de transición, como es el caso del actor, se les debe calcular el IBL con base en la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo percibido en los 10 últimos años de servicios o el tiempo que faltare para adquirir el derecho, y con inclusión de los factores del Decreto 1158 de 1994 o sobre lo que haya cotizado.

Así las cosas, y en virtud de la nueva postura acogida por este Tribunal Administrativo de Caldas según las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, al actor no le asiste derecho a que se le reliquide su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, sino únicamente aquellos señalados en el Decreto 1158 de 1994 o sobre los cuales realizó aportes al sistema pensional.

Por lo anterior, se confirmará la providencia de primera instancia, y por sustracción de materia no se resolverán los demás problemas jurídicos.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, en un cambio de postura, acogiendo las sentencias de unificación de las Altas Cortes, especialmente la del Consejo de Estado, estima esta Sala de Decisión que a la parte actora no le asiste derecho de acceder a la reliquidación pensional que reclama, en tanto el IBL de las pensiones sujetas a régimen de transición debe calcularse conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, y no de la forma como lo solicitó la parte actora, esto es, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Costas

En el presente asunto no se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, que es la demandante, en atención a que sus reclamaciones en sede judicial se realizaron con fundamento en la tesis que para el momento planteaba el Consejo de Estado en relación con el régimen de transición.

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

FALLA

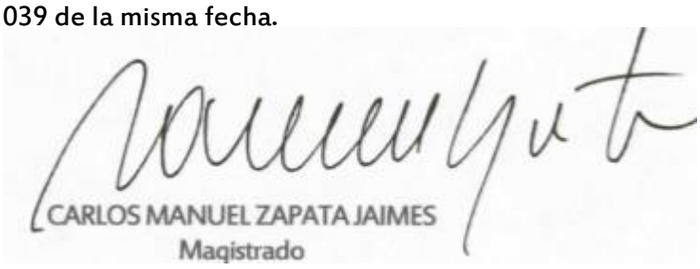
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 26 de febrero de 2019, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **BERNARDO ARCESIO TORO LÓPEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

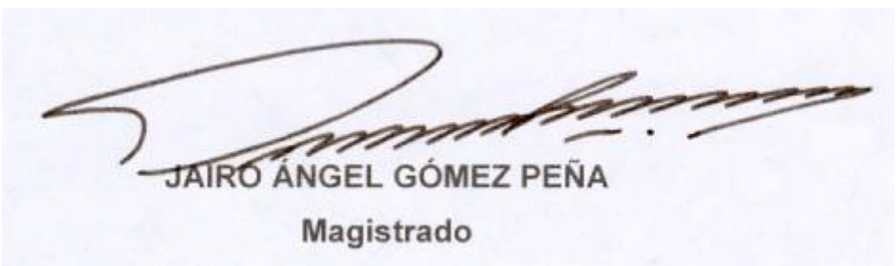
SEGUNDO: SIN COSTAS.

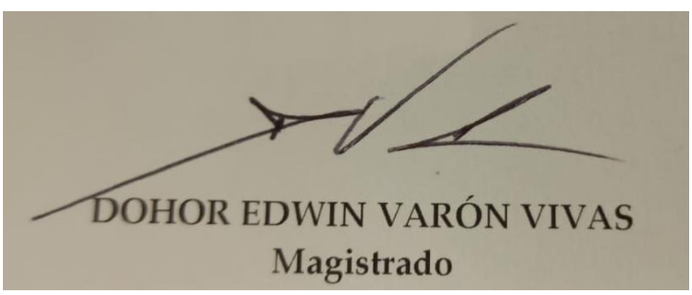
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 13 de agosto de 2020 conforme Acta nº 039 de la misma fecha.







TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPACIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No 272

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17-001-23-33-000-2016-00871-00
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Javier Cuervo
Demandado:	Nación - Ministerio De Educación Departamento de Caldas

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, y el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, procede a emitir sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1.Pretensiones

En síntesis se solicita se declare la nulidad de la Resolución 5413-6 del 11 de julio de 2016 expedida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas, por medio de las cuales se desconocieron y negaron los intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial.

Como consecuencia de la anterior, se declare que tiene pleno derecho a que las demandadas, le reconozcan y paguen los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación (10 de febrero de 1997) hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el 15 de abril de 2013.

Solicita además se condene a las demandadas a pagar el interés bancario corriente desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva del pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos. Y se ordene liquidar y pagar los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de indexación salarial se reconoció.

1.2. Sustento Fáctico

En síntesis señala que, el demandante laboró en la Secretaría de Educación del

departamento de Caldas en calidad de personal administrativo. Que mediante el Decreto 0021 de 1997 el departamento de Caldas trasfirió el personal administrativo adscrito al servicio público nacional a la planta de cargos del ente territorial con las mismas denominaciones, códigos y salarios. Que en el Decreto 0337 de diciembre 02 de 2010, el departamento de Caldas dispuso la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos de la Secretaria de Educación que fueron trasferidos del orden nacional, con el fin de equiparar sus salarios a los percibidos por el personal administrativo de orden territorial.

Mediante Resolución 1674-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 3991-6 de 19 de julio de 2013, se reconoció a favor del accionante el pago de retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009.

Según certificación expedida por la Secretaria de Educación Departamental el retroactivo reconocido en la Resolución 3991-6 de 19 de julio de 2013, se liquidó a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el 2002, y su pago se realizó el 15 de mayo de 2013.

El accionante solicitó a la Secretaria de Educación del departamento de Caldas el reconocimiento y pago de los intereses moratorios generados ante la tardía nivelación salarial y pago del retroactivo, así como la revisión de la indexación. Mediante Resolución 5413-6 del 11 de julio de 2016 se negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocan la Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 93, 123, 209 y 350; el Código Civil, artículos 1608, 1617 y 1649 y el Decreto 01 de 1984, artículo 177. Tras un recuento de las particularidades del proceso de homologación adelantado por el Departamento de Caldas respecto del personal administrativo de la Secretaria de Educación, advierte que las entidades demandadas debieron efectuar la homologación de cargos de forma previa a la incorporación de la planta de personal adscrita al nivel nacional hacia el orden territorial, proceso que al no adelantarse de tal manera generó que la homologación y nivelación salarial fuese cancelada años después de haberse causado, lo que explica los intereses pretendidos.

Se arguye que con la negativa al reconocimiento de intereses sobre los valores reconocidos retroactivamente por concepto de nivelación salarial, se vulnera el principio constitucional de favorabilidad laboral.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

El **Departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones del demandante. Como argumentos de defensa, luego de realizar un recuento de lo sucedido en el proceso de homologación y nivelación salarial, respecto de los docentes en el sector educativo, señaló que lo recibido por la parte demandante fueron dineros dentro del proceso de homologación y nivelación salarial que al estar indexado no da lugar a reclamar ninguna sanción moratoria, en calidad de intereses, ya que se estaría pretendiendo, a su criterio, que el departamento de Caldas incurra en una doble sanción.

Como medios exceptivos formuló: "*Falta de legitimación en la causa por pasiva"* fundada en que fue el Ministerio de Educación Nacional quien designó los recursos para el reconocimiento de la homologación salarial; "*Buena fe*", señala que de presentarse presupuestos para declararse obligación alguna a cargo del departamento de Caldas, existen circunstancias eximentes de tal responsabilidad, lo anterior, considerando que ha obrado con correcto diligenciamiento de los respectivos actos administrativos; "*Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley",* arguye que lo pretendido por la parte accionante es una doble sanción a una entidad que no posee la titularidad de la obligación, pues la génesis de los recursos con los que se atendió el pago de la homologación están en cabeza del Ministerio de Educación Nacional; *"Inaplicabilidad de los intereses moratorios",* teniendo en cuenta que los dineros que recibió la parte demandante por parte del departamento de Caldas – Secretaría de Educación con recursos del Sistema General de Participaciones, fueron producto de un proceso de nivelación y homologación salarial y no el pago de cesantías como se pretende hacer valer en el presente proceso.

El **Ministerio de Educación Nacional** se opuso a las pretensiones de la demanda; señaló que los artículos 34 y 38 de la Ley 715 establecieron el procedimiento a seguir para incorporar las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones. Destaca que si bien el proceso de homologación de cargos y de nivelación salarial del personal administrativo en los diferentes entes territoriales se llevó a cabo bajo las directrices y el acompañamiento del Ministerio de Educación, fue claramente establecido que la deuda por concepto de retroactividad en aquellos eventos en que la homologación y consecuente incorporación conlleve la nivelación de salarios, cuando no procede la incorporación horizontal, seria asumida con recursos del Sistema General de Participaciones previa disponibilidad presupuestal.

Con base en lo anterior formuló las excepciones que denominó: "*Falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Educación Nacional*" la cual sustenta en que ese ente ministerial no profirió los actos demandados; *"Prescripción"* por tratarse de una prestación periódica y que no implica reconocimiento tácito o expreso de las pretensiones que son incoadas por el demandante, aquellas primas de servicios y prestaciones sociales cuya reliquidación se pretende causadas tres años antes de la presentación de la demanda se encuentran prescritas; de conformidad con el artículo 151 el Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social , el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969; "*Inepta Demanda*", considerando que la entidad no puede ser abocada a un proceso judicial respecto de un acto administrativo que no expidió.

3. Traslado de excepciones

Dentro del término de traslado a las excepciones la parte accionante (Fls. 80-84 C1) reiteró los argumentos ya expuestos sobre la causación de los intereses reclamados, advirtiendo que la responsabilidad de su reconocimiento y pago recae sobre las dos entidades demandadas, al ser estas quienes realizaron de forma conjunta el proceso de homologación de cargos y nivelación salarial y realizaron su pago de forma extemporánea.

4. Alegatos de conclusión

La **parte demandante** (Fls. 173 a 177 C1) Expuso que las pretensiones de la demanda van encaminadas a que se reconozcan y paguen los intereses de mora causados con ocasión al pago tardío del retroactivo por homologación y nivelación salarial, cancelado al personal administrativo adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, pagados con recursos del Sistema General de Participaciones.

Señaló que la indexación está dirigida a actualizar una deuda con el IPC, para así paliar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; y los intereses moratorios, constituyen el mecanismo para resarcir y sancionar el retardo en el pago de la obligación.

Precisó que lo que se pretende es que se condene el retardo, pues el empleador porta la obligación de cancelar a sus empleados de salario, que conforme a la clasificación, funciones y requisitos debe recibir; le resulta lógico que si se incumple con este deber, deba responsabilizarse por el pago de la mora, pero dicha reparación resultaría incompleta si no se cancela el perjuicio sufrido con la pérdida del poder adquisitivo de los conceptos salariales no pagados oportunamente.

Argumentó que si bien es cierto, con el presente proceso se pretende se declare que tiene derecho a que los demandados le paguen intereses moratorios sobre el retroactivo por homologación por favorabilidad en lugar a la indexación ya cancelada, no se hace con la intención de que se paguen o reconozcan, sobre una misma obligación – capital – indexación e intereses moratorios para los mismos espacios de tiempo o que se paguen intereses sobre la indexación.

Concluyó que lo que se pretende en el litigio, es el reconocimiento de forma preferente de los intereses moratorios efectivos a partir de los 30 días posteriores a la causación del derecho, hasta el día en que fue efectivo el pago tardío por homologación y nivelación salarial, esto, deduciendo el valor de la indexación ya cancelada.

Departamento de Caldas (Fl. 159 C1) reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

La Nación- Ministerio de Educación Nacional (Fls. 179 a 183 C1) ratificó los argumentos esbozados en la contestación de la demanda y demás que fueron presentados durante el trámite del proceso.

Se opuso a la totalidad de las pretensiones deprecadas considerando que carecen de sustento legal que las respalde y teniendo en cuenta que el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de las obligaciones pretendidas por vía de restablecimiento del derecho, así como tampoco de los trámites de reclamaciones, los cuales se encuentran a cargo de la entidad territorial correspondiente a la cual estén vinculados los docentes. Reitera la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio fundada en pronunciamientos del Consejo de Estado que refieren la noción de la legitimación en la causa.

Además indicó que, el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de la

obligación que se demanda, toda vez que no fue la entidad emisora del acto administrativo del cual se pretende se declare la nulidad y tampoco tuvo injerencia en los hechos que han generado la demanda, ni en los trámites administrativos para el reconocimiento y pago de la obligación, ni la atención de las reclamaciones posteriores a los reconocimientos.

Concluyó que, el titular del acto administrativo es una persona jurídica totalmente diferente al Ministerio de Educación Nacional, luego una eventual condena que pudiera recaer, equivaldría a sancionarla por actos que no le puede ser legalmente imputado

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico

Conforme a lo indicado en la sub-etapa de fijación del litigio, el problema jurídico es el siguiente: *¿Hay lugar al pago de intereses moratorios con ocasión de los reconocimientos económicos realizados al personal administrativo de las secretarias de educación, dentro del proceso de homologación y nivelación salarial atendiendo la fecha de pago de dichos dineros en confrontación con la fecha de su causación efectiva?*

Además, *¿Cuál de las entidades demandadas es la llamada a responder frente a las pretensiones de la parte actora*? Y *¿se configuró la prescripción de los derechos reclamados?*

Para resolver los problemas planteados, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: i) el proceso de homologación y nivelación salarial; ii) los intereses moratorios y la indexación; iii) la entidad competente para asumir los pagos derivados del proceso de homologación y nivelación salarial; iv) los hechos probados y vii) el caso concreto.

2.2. Proceso de homologación y nivelación salarial

Con la Ley 43 de 1975 se nacionalizó la educación que prestaban los entes territoriales, empero con el fin de desarrollar los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política de 1991, se expidió la Ley 60 de 12 de agosto de 1993, que dispuso la descentralización de este servicio, por lo cual se efectuó el traslado y la entrega por parte de la Nación a los departamentos de los bienes, personal y establecimientos educativos. Posteriormente se emitió la Ley 715 de 21 de noviembre de 2001 sobre la municipalización de la educación que había quedado en manos de los departamentos y distritos.

Este proceso implicó el ajuste de las planta de personal administrativo que prestaban sus servicios a la Nación en las instituciones educativas, para pasar a ser incorporados a las plantas de los entes territoriales, siendo la referida Ley 715 de 2001 la que señaló expresamente el procedimiento a seguir para concentrar estas plantas en los departamentos, distritos y municipios.

El Ministerio de Educación Nacional mediante Directiva No. 10 de 30 de junio de 2005,

determinó los criterios y pasos a tener en cuenta para llevar a cabo la homologación de cargos y la nivelación salarial del personal administrativo, y señaló con base en el Acto Legislativo 01 de 2005 que en los casos en que el proceso de incorporación y homologación conllevara la nivelación de salarios, estos rubros retroactivos serían asumidos con recursos del sistema general de participaciones, previa disponibilidad presupuestal o a cargo de la Nación a falta de dicha disponibilidad.

2.3. Intereses moratorios e indexación

Los intereses moratorios son concebidos como la compensación económica de carácter indemnizatorio que debe cancelar el deudor obligado al pago de sumas de dinero, que incumple con la fecha legal o contractualmente establecida para el cumplimiento de la obligación, en tal sentido el Código Civil señala:

> *"Artículo 1617: Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*
> *1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.*
> *El interés legal se fija en seis por ciento anual.*
> *2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.*
> *3a.) Los intereses atrasados no producen interés.*
> *4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".*

En materia laboral, los intereses moratorios son reconocidos como una sanción al empleador -u otro obligado al pago de prestaciones laborales- que ha incumplido con el pago de las acreencias salariales o prestacionales de sus empleados, en los términos legales establecidos para su causación y exigibilidad, empero debe advertirse que dada su naturaleza sancionatoria estos requieren de expresa consagración legal. En tal sentido el H. Consejo de Estado justamente en un asunto como el aquí discutido expuso: *"Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto…"*[1].

Por su parte, la indexación dispone una corrección monetaria por los fenómenos inflacionarios propios del sistema económico nacional, esto es, que el valor adeudado se actualice y mantenga el mismo poder adquisitivo al momento de su pago, así lo ha expresado el H. Consejo de Estado al advertir que: *"El propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente".*[2]

[1]Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de diciembre de 2017, Rad. 0905-2015.
[2]Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia del 30 de mayo de 2013, Rad. 2006-00986-01.

Los intereses moratorios y la indexación no son acumulables, considerando que los primeros inician con la mora en el crédito u obligación, en tanto el período de la indexación está dado entre la fecha del crédito, capital u obligación y la fecha en que se quiere actualizar, no siendo relevante la existencia de la mora.

No obstante lo anterior, es preciso indicar que la incompatibilidad debe entenderse entre la indexación y los intereses que lleven implícitos la corrección monetaria, por cuanto existe una excepción en tratándose del interés legal en materia civil, el cual corresponde al 6 % anual, en razón a que en este último tipo de interés no contempla la devaluación del dinero.

Al respecto, el Consejo de Estado[3], ha señalado lo siguiente: *"…no es procedente la liquidación de intereses comerciales simples o de mora con la corrección monetaria o indexación, toda vez que la tasa de interés comercial lleva en su interior la corrección monetaria. No obstante, la actualización sí puede concurrir cuando se condena al pago del interés legal civil, por cuanto esa tasa de interés no incluye ningún valor por devaluación del dinero, distinta a la tasa de interés corriente bancario que es más alta en atención a que incluye la devaluación."*

Por último, sobre la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, el Consejo de Estado[4] en reciente providencia precisó:

> *"Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.*
>
> *Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto".*

2.4. Entidad competente para asumir los pagos derivados del proceso de homologación y nivelación salarial

La Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en Concepto Nº 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004, al respecto expuso:

> "2.- *En virtud de lo dispuesto por el artículo 3° del Acto Legislativo N° 1 de 2001, que modificó el artículo 357 de la Constitución, el Sistema General de Participaciones debió comprender en la base inicial, a 1° de noviembre de 2000, los costos provenientes de la homologación e incorporación del personal administrativo realizada por las entidades territoriales con fundamento en la ley 60 de 1993. Si así no se hizo y los mayores costos*

[3]Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2004, Rad. 08001-23-31-000-2000-2482-01(24935).
[4] Sección Segunda, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15). Pág.738.

por los conceptos mencionados provienen de homologaciones realizadas conforme a la normatividad aplicable para la adopción de las plantas, la Nación debe asumirlos; de lo contrario, serán de cargo de los departamentos.

3.- En el evento de existir mayores costos con ocasión del proceso de homologación en virtud de los dispuesto en la ley 715 de 2001, si el proceso se cumplió conforme a derecho y existe disponibilidad, debe asumirlos el SGP; si no existe disponibilidad, serán de cargo de la Nación. .."

El Ministerio de Educación Nacional, en la Directiva Ministerial Nº 10 del 30 de junio de 2005, señaló:

"Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones –SGP (entiéndase Sistema General de Participaciones, anota el Tribunal). Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada, incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta."

Teniendo en cuenta lo anterior, considera este Tribunal que el proceso de homologación y nivelación salarial adelantado para el personal administrativo de los establecimientos educativos, se realizó de manera concertada entre la Nación y la entidad territorial, razón por la cual quien estaría llamado a reconocer y pagar cualquier suma derivada de dicho proceso, sería la Nación representada por el Ministerio de Educación Nacional, pues se trataría del pago de un mayor valor cancelado a título de reajuste o nivelación salarial.

Por ende, tal consideración conlleva a declarar probada de oficio, la excepción de "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*", del Departamento de Caldas; e infundada la formulada en igual sentido por el Ministerio de Educación Nacional.

2.5. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- Mediante Resolución 1674-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 3991-6 de 19 de junio de 2013, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, reconoció a favor del accionante el pago de retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009. (Fls. 12-18 C1)

- Dicho reconocimiento incluyó los valores correspondientes a los pagos retroactivos de los rubros no cancelados por concepto de "sueldo", "prima técnica", "bonificación [por] servicios prestados", "prima de servicios", "bonificación especial recreación", "prima de navidad", "horas extras", "reintegro auxilio de trasporte" e indexación de estos rubros.

- Según certificación expedida por la Secretaria de Educación Departamental el retroactivo reconocido en la Resolución 1674-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 3991-6 de 19 de junio de 2013, se liquidó a partir del 11 de febrero de 1997 hasta el 2002, y el pago que fue efectuado el 15 de mayo de 2013. (Fl. 19 C1)

- De conformidad con la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas, se tiene establecido que, en la Resolución 3991-6 del 19 de junio de 2013, se reconoció nivelación salarial en favor de la parte demandante, por el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2002, dicho pago fue efectuado el 07 de junio de 2013. (Fl. 193 C1)

- El 28 de julio de 2015, el accionante solicitó a la Secretaria de Educación del departamento de Caldas el reconocimiento y pago de los intereses moratorios generados ante la tardía nivelación salarial y pago del retroactivo, así como la revisión de la indexación. (Fls. 4-8 C1)

- Mediante Resolución 5413-6 del 1 de julio de 2016, expedida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas, se negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados, como quiera que dichas sumas fueron debidamente indexadas al momento del pago. (Fl 2-3 C1)

Descrito el escenario fáctico, se procede a dilucidar el problema jurídico planteado.

2.6. Caso concreto

La parte actora reclama el pago de intereses moratorios sobre las sumas que fueron reconocidas a título de nivelación salarial -pago retroactivo- entre el 10 de febrero de 1997- al señalar que a su juicio estas se causaron cada periodo mensual corrido entre 11 de febrero de 1997 hasta la fecha del pago efectivo, que fue efectuado el 15 de mayo de 2013.

La Sala no comparte la posición planteada por la parte actora, en tanto la obligación en cabeza de la administración de cancelar los valores por concepto de homologación y nivelación salarial, surgió en el momento en que fueron expedidos los actos administrativos que determinaron el derecho a su pago a favor de la parte accionante, pues hasta dicha fecha no existía pronunciamiento de la administración que permitiera su exigibilidad.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los intereses moratorios en asuntos laborales, tampoco existía fundamento legal que otorgara el derecho a reclamar intereses moratorios por pago tardío de una homologación y nivelación salarial, o que determinara su causación y exigibilidad de forma automática en el momento mismo en que la parte accionante fue incorporado a la planta de personal del ente territorial.

En tal sentido el H. Consejo de Estado ha desatado casos similares concluyendo:

> - *De igual manera, tal como lo ha señalado la Subsección en asuntos similares no puede concluirse que por el hecho de no haberse «pactado» el pago de un interés, deba acudirse en subsidio a la regla que trae el artículo 1617 del Código Civil, pues en estricto sentido no*

se está hablando de un asunto negocial, en el cual las partes involucradas puedan pactar a su arbitrio cláusulas contractuales; como ya se expuso, el reconocimiento de las sumas de dinero obedecieron a la homologación y nivelación que debió realizarse para que las plantas de personal administrativo, se ajustaran a la nueva reglamentación en cuanto a clasificación, nomenclatura, funciones y requisitos de los empleos del nivel territorial.

- *Finalmente, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se configuran los intereses moratorios.…"*[5]

Cabe advertir que la exigibilidad de la obligación contenida en la Resolución 1674-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 3991-6 de 19 de junio de 2013, se liquidó a partir del 11 de febrero de 1997 hasta el 2002, y el pago que fue efectuado el 15 de mayo de 2013, difiere del concepto de causación del derecho y que la parte actora pretende equiparar, pues como atinadamente lo señalan los referidos actos administrativos, las sumas que por concepto de nivelación salarial fueron reconocidas, corresponden a una causación independiente para cada periodo laboral -según la prestación de que se trate, salario, prima, horas extras-, razón por la cual se reconoce al accionante en dichos actos la actualización monetaria de estas sumas, indexación que como lo ha expresado el H. Consejo de Estado atiende a los criterios de equidad y justicia que garantizan que los derechos económicos de las personas no se vuelvan infructuosos al momento de su pago por la devaluación de la moneda y resulta incompatible con la causación de intereses[6].

Así pues, frente al primer cuestionamiento planteado, se concluye que la parte actora no tiene derecho al reconocimiento de intereses con ocasión al pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, habrán de negarse las súplicas de la demanda.

2.7. Indexación de la homologación y nivelación salarial – Precedente horizontal

En casos similares[7], esta Corporación accedió a la actualización de sumas de dinero reconocidas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso de dos o más mensualidades, por la cual dicho retroactivo perdía poder adquisitivo y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria.

Lo anterior por razones de equidad y justicia, y en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, de las cuales goza el Juez en materia laboral, respecto de las cuales la Corte Constitucional, de tiempo atrás viene consolidando esta postura, como lo dijo en la sentencia C-662 de 1998:

Dentro de la potestad integradora de esta Corte para revisar la totalidad de la preceptiva legal demandada, conforme a la jurisprudencia de la Corporación, la Sala estima que la

[5] Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de diciembre de 2017, número 0905-2015.
[6] Ver al respecto, sentencia del 22 de abril de 2015. Rad: 25000-23-25-000-01312 (2506-2013), Sección Segunda.
[7] Ver sentencias dictadas el 31 de mayo de 2018, radicados 2016-00845, 2016-00857 y 2016-00884.

misma no contradice el ordenamiento superior, salvo en la expresión "de primera instancia", como así se declarará en la parte resolutiva del presente fallo. En consecuencia, los jueces laborales de única instancia en adelante están facultados para emitir fallos con alcances extra o ultra petita, potestad que se ejerce en forma discrecional, con sujeción a las condiciones exigidas, esto es, que los hechos en que se sustenta el fallo con esos alcances se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados.

Por otro lado, se ha considerado que por razones de equidad y justicia, los valores que se deben pagar a los trabajadores, deben ser indexados si se pagan en fecha posterior a lo expresado en los actos administrativos, como lo ha dicho el Consejo de Estado[8]:

Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin». El pago de dichos intereses es por el periodo comprendido entre diciembre de 2003 al 12 de diciembre de 2007, que corresponde al plazo de mora de los salarios y prestaciones insolutos en favor de los demandantes hasta la liquidación definitiva de la E.S.E Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro y se liquidan hasta esa fecha; por ello, en criterio de la Sala no resulta razonable que ese monto fijo no sea susceptible de ser actualizado desde el 2007 hasta la presente fecha, en que se profiere la sentencia definitiva proferida por esta jurisdicción. En otras palabras, así como el tribunal definió que el acto administrativo esta nulo, porque no existía fundamento legal para el no pago de intereses moratorios, estos no deben ser pagados de manera menguada, empobrecida o depreciada por el efecto del paso del tiempo que se demoró esta jurisdicción en decidir el derecho a su pago.

Por otro lado, se ha considerado que por razones de equidad y justicia, los valores que se deben pagar a los trabajadores, deben ser indexados si se pagan en fecha posterior a lo expresado en los actos administrativos, como lo ha dicho el Consejo de Estado[9]:

Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del

[8] Sección Segunda, 23 de marzo de 2017, Número interno (2284-13)
[9] Sección Segunda, 23 de marzo de 2017, Número interno (2284-13)

> *poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin». El pago de dichos intereses es por el periodo comprendido entre diciembre de 2003 al 12 de diciembre de 2007, que corresponde al plazo de mora de los salarios y prestaciones insolutos en favor de los demandantes hasta la liquidación definitiva de la E.S.E Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro y se liquidan hasta esa fecha; por ello, en criterio de la Sala no resulta razonable que ese monto fijo no sea susceptible de ser actualizado desde el 2007 hasta la presente fecha, en que se profiere la sentencia definitiva proferida por esta jurisdicción. En otras palabras, así como el tribunal definió que el acto administrativo esta nulo, porque no existía fundamento legal para el no pago de intereses moratorios, estos no deben ser pagados de manera menguada, empobrecida o depreciada por el efecto del paso del tiempo que se demoró esta jurisdicción en decidir el derecho a su pago.*

En el caso bajo estudio, en cuanto a la indexación deben distinguirse dos momentos: i) la generada antes de la resolución de la liquidación del reajuste por concepto de la homologación y nivelación salarial y ii) la genera entre esta fecha y el pago del valor del ajuste.

En cuanto a la primera: Como quiera que existe, un acto administrativo expreso que se refirió y que reconoció la indexación, la parte demandante debía previamente poner en conocimiento de la administración, las razones y los argumentos por los cuales no se encuentra de acuerdo con la decisión de la administración, en cuanto reconoció la indexación hasta una fecha determinada, con el fin de provocar un pronunciamiento por la entidad, sea expreso o tácito, que abra la posibilidad de demandar.

La anterior con fundamento en *"principio de decisión previa"*[10], desarrollado por el Consejo de Estado, el cual implica la presentación de una petición mediante la cual se reclame el reconocimiento del derecho, y finaliza con la expedición de un acto administrativo expreso o con el efecto del silencio administrativo que decide la actuación, contra el cual deben interponerse los recursos obligatorios procedentes.

En efecto, *"[l]a razón de la exigencia legal del señalado agotamiento deviene del principio llamado de la decisión previa que le permite a la administración, antes de acudir al medio judicial, que revise sus propios actos y otorga a los administrados una garantía sobre sus derechos al presentar motivos de inconformidad para que sea enmendada la actuación si es del caso, antes de que conozca de ella quien tiene la competencia para juzgarla"*[11].

Esta exigencia de la Ley se corresponde, además, a que la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez. "*La reclamación previa constituye un privilegio por cuanto permite a la administración volver a pensar o considerar mejor la decisión que se impugna o resiste para el administrado también puede resultar ventajoso ya que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito*".[12]

---

[10] Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A - 26 de abril de 2018 - radicación número: 52001-23-33-004-2014-00276-01(3164-15).
[11] Sentencia de 21 de junio de 2002, Exp. 12382.
[12] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "B". Auto de 19 de octubre de 2006. Expediente: 44001233100020010070101.

La tesis jurisprudencial trascrita, fue reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 7 de noviembre de 2013[13], que señaló:

> *"De manera que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho exige como presupuesto indispensable que exista una decisión de la administración que modifique, cree o extinga la situación jurídica particular del interesado, o mejor dicho, un acto administrativo que establezca una relación jurídica determinada en relación con sus derechos subjetivos. En esas condiciones, resulta claro que en este caso no se configura tal requisito, que es necesario para iniciar la reclamación haciendo uso de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.*
>
> *La actora debió provocar el pronunciamiento de la administración para que ésta, mediante acto administrativo fijara su posición en relación con los derechos de los que creía gozar, concretamente para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, para que, con base en tal manifestación, pudiera acudir a la acción judicial correspondiente, haciendo uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (…)".*

Aunado a lo anterior, la misma Corporación en decisión proferida el 9 de abril de 2014[14] señaló que es necesario que en sede administrativa se exprese con claridad el objeto de la reclamación, pues, lo que se busca es que la jurisdicción contenciosa no inicie conflictos que no han sido planteados previamente ante la administración, así:

> *Finalmente, resulta necesario que en sede administrativa se exprese con claridad el objeto de su reclamación pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante la jurisdicción contenciosa no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. No quiere ello decir que sea imposible exponer argumentos nuevos para defenderla misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición.*
>
> *Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos, lo que no le es dable a la demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación."*

Específicamente en materia laboral del Estado, escenario en el cual se traba una relación legal y reglamentaria entre el Estado y sus servidores, el Consejo de Estado ha insistido que, para que éstos puedan demandar la vulneración de sus derechos, deben poner primeramente sus desavenencias en conocimiento de la administración, en virtud del principio de decisión previa y por consiguiente, es indispensable que exista un acto expreso o ficto para que se demande mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Al respecto, se ha señalado[15]:

> *"13.1 Con observancia de lo expuesto, y teniendo en cuenta que las personas que se*

[13] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub sección "A". Expediente: 08001-23-31-000-2009-00907-01.
[14] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Expediente: 25000-23-25-000-2009-00462-01.
[15] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 73001-23-33-000-2012-00112-01, C.P. Danilo Rojas Betancourth

consideren lesionadas en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, deben demandar el acto administrativo que lo conculca con la finalidad de obtener el restablecimiento de aquél -artículo 138(…) del CPACA, cuya redacción es muy similar a la del artículo 85 del C.C.A.-, esta Corporación ha señalado que en las aducidas relaciones que se traban entre la administración y los particulares, las que evidentemente se configuran entre el Estado y los docentes de institutos de educación públicos -como sus servidores públicos de régimen especial-, y que corresponden a vínculos de carácter legal y reglamentario, ***es indispensable que éstos, antes de elevar sus reclamaciones relacionadas con dicha vinculación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las sometan a conocimiento de aquél, para efectos de que se pronuncie y proceda a acceder o a negar las solicitudes que se le presente, decisiones que luego de que se agoten los recursos obligatorios -en su tiempo, denominados como vía gubernativa-, sí resultan verificables a través de los medios de control jurisdiccionales establecidos para ello****". (Se resalta)

Asimismo, se ha dicho:

"*En cuanto, a la solicitud de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar* (…). *Sin embargo, para acceder a dicho reconocimiento por vía judicial, se hace indispensable que el particular acuda previamente ante la Administración, para que ésta tenga la oportunidad de pronunciarse al respecto, y se constituya de esta forma el acto administrativo acusable.//Lo anterior significa que para reclamar el pago de salarios y prestaciones sociales encubiertas por órdenes de servicio, es presupuesto en virtud del principio de la decisión previa obtener el pronunciamiento de la administración respecto de los derechos pretendidos, ejercitando el derecho de petición en aras de lograr un acto administrativo expreso o presunto, según el caso*"[16].

En conclusión, el pronunciamiento previo por parte de la administración, constituye un requisito *síne quo non* para demandar la nulidad de un acto administrativo particular.

En aplicación de lo expuesto, como quiera que las demandadas ya habían emitido una decisión respecto a la indexación, la parte demandante tenía la obligación de poner en conocimiento de aquellas, las reclamaciones que hoy se presentan por vía jurisdiccional, para que las entidades las conociera y tuvieran la oportunidad de tomar una decisión al respecto, o modificar el reconocimiento realizado en el acto administrativo.

En el caso concreto, la entidad territorial al resolver las reclamaciones de la parte demandante, claramente expresó que las sumas reconocidas se encontraban indexadas, afirmación frente a la cual la parte demandante en el recurso formulado en

[16] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de agosto de 2007, exp. 76001-23-31-000-2001-00863-01(0065-06), C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Igualmente, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2002, exp. 23001-23-31-000-1998-00502-01(3829-00), C.P. Alberto Arango Mantilla; Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 05001-23-31-000-1996-0729-01(0792-02), C.P. Nicolás Pajaro Peñaranda; Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2004, exp. 25000-23-25-000-1998-3730-01(2328-02), C.P. Nicolás Pajaro Peñaranda; Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2004, exp. 76001-23-31-000-2000-00969-01(2142-02), C.P. Tarcisio Cáceres Toro; Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2006, exp. 25000-23-25-000-2001-09331-01(2294-05), C.P. Tarcisio Cáceres Toro; Subsección B, sentencia del 19 de julio de 2007, exp. 25000-23-25-000-2002-06813-01(6813-05), C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; y Subsección A, sentencia del 7 de noviembre de 2013, exp. 08001-23-31-000-2009-00907-01(0643-13), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

sede administrativa, no realizó reparo alguno, respecto de los hitos temporales en que esta fue liquidada, pues centró su inconformidad en el rechazo de los intereses moratorios.

En cuanto a la segunda: en aplicación a los principios de favorabilidad y de las facultades *extra y ultra petita*, si es viable indexar de oficio estos valores, siempre y cuando haya transcurrido más de un mes, por cuanto se trata de una pretensión basada en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo de reconocimiento de la indexación.

El término de *un mes* entre la fecha del reconocimiento y la fecha de pago, resulta prudencial, proporcionado y necesario para que la administración culminar el proceso de homologación y nivelación salarial y realizara las gestiones para el pago, situación que impide la indexación de dichas sumas. Así lo ha precisado el H. Consejo de Estado en pronunciamiento del 21 de junio de 2018[17]:

> *"Ahora bien, frente al reconocimiento efectuado por el tribunal de instancia respecto de los intereses generados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, esta Sala de Subsección se permite precisar que no le asiste razón al a quo, debido a lo anteriormente ilustrado y en consideración* ***a que trascurrió tan solo un mes*** *entre el acto administrativo que reconoció el derecho y el que ordenó el pago, evidenciándose un lapso mínimo, prudente y proporcional, teniendo en cuenta la magnitud de los trámites económicos y administrativos para culminar el proceso de homologación y nivelación salarial.*
>
> *En efecto, ninguna de las entidades accionadas incurrió en mora, puesto que no existe como tal la causación de unas sumas que por lo demás nunca se adeudaron."*

En sentencia del 23 de agosto de 2018[18], sobre el término racional para el pago, señaló:

> *"Ciertamente, no se comparte la decisión adoptada por el Tribunal de instancia en la sentencia objeto de censura, en el sentido de reconocer los intereses legales equivalentes al 6% anual, causados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, en cuanto al revisar lo realizado, solo* ***transcurrió poco más de un mes****, entre la expedición del acto que le reconoció el derecho a la demandante (Resolución 05011 del 20 de noviembre de 2012) y el acto que ordenó el correspondiente pago (Resolución 05602 del 26 de diciembre de 2012); considerándose un término racional por parte de la administración, para cumplir con la obligación del pago retroactivo ante la homologación y nivelación realizada en la planta de personal administrativo y que no acarrea una sanción para las entidades públicas demandadas. Así las cosas, no se accederá al reconocimiento de intereses causados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, a contrario sensu de lo dispuesto por el Tribunal en el curso de la primera instancia."*

- En el caso bajo estudio, los pagos realizados con ocasión de los valores reconocidos en la Resolución 1674-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 3991-6 de 19 de junio de 2013, fueron efectuados con posterioridad a su ejecutoria, situación que en otros asuntos análogos ha dado lugar a que este Tribunal ordene la indexación de dichos valores entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento y la

[17] Sección Segunda. Sentencia, Rad: 73001-23-33-000-2014-00251-01(2121-15)
[18] Sección Segunda. Subsección B. Rad.: 73001-23-33-000-2014-00403-01(4589-15)

fecha de pago.

Sin embargo, cabe advertir que en el presente asunto el pago fue efectuado el 15 de mayo de 2013 y la Resolución 1674-6 fue expedida el 22 de marzo de 2013, es decir, que no transcurrió más de un mes, entre la fecha del reconocimiento y la fecha de pago, tiempo que resulta prudencial, proporcionado y necesario para la administración culminar el proceso de homologación y nivelación salarial y realizar las gestiones para el pago, situación que impide la indexación de dichas sumas. Igual sucede con el reajuste reconocido en la Resolución 3991-6 del 19 de junio de 2013, cuyo valor fue girado al demandante el 07 de junio de 2013. (Fl. 193 C1)

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que no es procedente ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios por concepto del supuesto pago tardío de la homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, deben ser negadas las pretensiones de la demanda.

Además, teniendo en cuenta que no transcurrieron más de un mes, entre la resolución que reconoce el retroactivo por homologación y la indexación y la fecha del pago del mismo, el Tribunal se abstiene de ordenar una actualización.

Por sustracción de materia, al ser resuelto negativamente las pretensiones de la demanda resulta inane resolver sobre los demás problemas jurídicos planteados.

4. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte actora, por haber sido despachadas desfavorablemente sus pretensiones y además teniendo en cuenta que la parte demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente durante todas las etapas del proceso.

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo nº PSAA16-10554 de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho a cargo de la parte actora y a favor del *Ministerio de Educación Nacional*. Según lo dispone el artículo 366 del CGP, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

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,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE probada la excepción de *"Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley" e "Inaplicabilidad de los intereses moratorios"*, propuestas por el departamento de Caldas.

Segundo. DECLÁRESE no probadas las demás excepciones formuladas por el departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

Tercero. NIÉGUENSE las súplicas de la demanda.

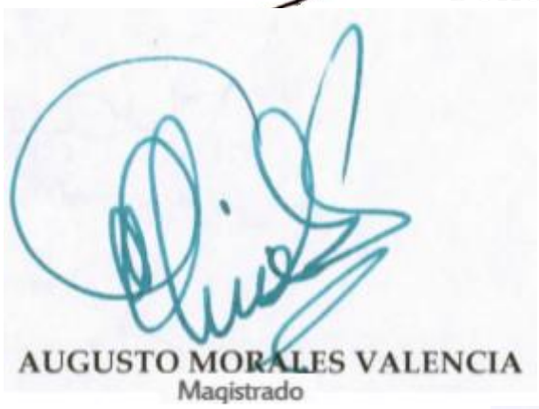
Cuarto. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte actora, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, por lo brevemente expuesto. **FÍJASE** un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho a cargo de la parte actora y a favor del departamento de Caldas y el Ministerio de Educación Nacional, en partes iguales.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



(SALVA VOTO)

17001-33-39-005-2017-00005-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, catorce (14) de AGOSTO de dos mil veinte (2020)

A.I. 252

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto dictado por el Juez 5º Administrativo de Manizales, con el cual, en desarrollo de la audiencia inicial, declaró la falta de jurisdicción dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ÁLVARO TAMAYO ROJAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

LA DEMANDA

Mediante el libelo demandador presentado el 13 de enero de 2017 /fls. 5 a 39 C. 1/, solicitó la parte actora se declare la nulidad de las Resoluciones Nº GNR 117535 de 25 de abril y Nº VPB 73816 de 10 de diciembre, ambas de 2015, con las cuales se ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación y, también, se negó el reconocimiento del retroactivo y la actualización de la base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar la reliquidación de la pensión con el promedio de los salarios cotizados durante el último año de servicios, incluyendo como salario el subsidio de alimentación, y teniendo en cuenta, además, como factores salariales, las primas de servicios, navidad y vacaciones y la bonificación por servicios.

LA PROVIDENCIA APELADA

En desarrollo de la audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del Código de lo Contencioso Administrativo (C/CA) contenido en la Ley 1437 de 2011, misma

realizada el 4 de marzo de 2020, el juez *A quo* declaró, durante la etapa de saneamiento del proceso, la '*FALTA DE JURISDICCIÓN*' /V. fls. 210 a 213 Cdno 1/.

Para llegar a tal conclusión, expuso que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 104 del C/CA, la jurisdicción contenciosa administrativa conoce de los asuntos "relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos". Así mismo, refirió que en el presente asunto, el señor Álvaro Tamayo Rojas, si bien laboró en la Dirección Territorial de Salud de Caldas entre el 9 de abril de 1979 y el 4 de junio de 2002, los aportes posteriores realizados hasta el 1º de noviembre de 2013, lo fueron en calidad de trabajador independiente, por lo que en su sentir, dicha situación sobrepasa los límites de conocimiento de la jurisdicción administrativa.

También se refirió al pronunciamiento de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura[1] de 14 de enero de enero de 2016, en el cual se refirió que, "no interesa que en el asunto litigioso se tenga vinculada a una entidad pública, pues es en este caso concreto, independientemente que la demandada sea la UGPP, la promueve una persona que cotizó en última instancia como independiente".

Bajo esa perspectiva, concluyó que este asunto debe ser tramitado por la jurisdicción ordinaria laboral, por lo que, atendiendo lo dispuesto en el artículo 138 del Código General del Proceso, ordenó remitir el expediente a la Oficina Judicial para efectuar el reparto entre los Jueces Laborales de Manizales.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Producida la decisión, en la misma audiencia la parte nulidiscente interpuso el recurso de segundo grado /fl. 212 C. 1/, para lo cual expuso, en suma, que si bien existen cotizaciones como trabajador independiente, la solicitud de reliquidación de la pensión está directamente relacionada con la inclusión de

[1] Exp: 11001-01-02-000-2015-037740-00, M.P.: Rafael Alberto García Adarve.

factores salariales devengados durante el tiempo en que se desempeñó como servidor público, por lo considera que el trámite sí debe ser conocido por la jurisdicción contenciosa administrativa.

EL TRASLADO
DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada no realizó pronunciamiento alguno en esta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA
SALA DE DECISIÓN

El artículo 138 del CGP, dispone que, "Cuando se declare la falta de jurisdicción (…), lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente (…)". No obstante, pretende la parte actora se revoque el auto proferido por el Juez 5º Administrativo de Manizales, con el cual declaró la falta de jurisdicción para continuar con el proceso adelantado por el señor Álvaro Tamayo Rojas contra COLPENSIONES.

El artículo 243 del C/CA lista los autos proferidos en primera instancia, y que son susceptibles de apelación, así:

> "(…)
>
> 1. El que rechace la demanda.
> 2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en este mismo trámite.
> 3. El que ponga fin al proceso.
> 4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que sólo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
> 5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
> 6. El que decreta las nulidades procesales.
> 7. El que niega la intervención de terceros.

> 8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
> 9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.
> (…)"

En ese orden, el auto que declara la falta de jurisdicción no se encuentra enlistado dentro de las providencias susceptibles de apelación. Sobre el particular, el H. Consejo de Estado, en providencia de 4 de agosto de 2017[2] sostuvo:

> "Así, teniendo en cuenta que la procedencia del recurso de apelación es taxativa, es decir, que el legislador lo debió haber contemplado en la norma, es claro que la falta de jurisdicción, no puede ser abordada por el juez de segunda instancia cuando es declarada por fuera del estudio de una excepción previa según lo regula el numeral 6° del artículo 180 del C.P.A.C.A.
>
> En conclusión, contra la providencia que declara la falta de jurisdicción y remite el proceso al competente no procede el recurso de apelación, por lo que el despacho estimará bien denegado el recurso interpuesto contra la providencia del 20 de junio de 2016, por resultar improcedente". /Subrayas fuera de texto/

Sumado a lo anterior, el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política, modificado por el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015, establece que corresponde a la H. Corte Constitucional la función de "Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones". No obstante, con Auto Nº 728 de 9 de julio de 2015, dicha Corporación dispuso que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (hoy Consejo Nacional de Disciplina Judicial) conserva sus competencias para

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, 4 de agosto de 2017, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01339-01 (58127)

dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones

Al respecto, el Máximo órgano de cierre constitucional, en estudio de tutela contra providencia judicial[3], afirmó:

> "(…) Contra el auto que decide la falta de jurisdicción no es procedente recurso judicial alguno. En primer lugar, porque así lo mandan las normas que regulan el conflicto de competencia por falta de competencia, aplicables analógicamente a este supuesto, y en segundo lugar, porque se estaría atribuyendo a un juez de segunda instancia una competencia queel C no tiene, cual es, la de definir la jurisdicción competente para el conocimiento de un determinado asunto (…)".

Colofón de lo expuesto, y como tradicionalmente lo ha expuesto este Tribunal Administrativo de Caldas, no puede este Tribunal decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, no sólo porque contra la providencia dictada no procede recurso de apelación, sino porque únicamente en el caso que el Juez Laboral a quien corresponda el conocimiento del proceso declare igualmente la falta de jurisdicción, será el Consejo Nacional de Disciplina Judicial quien adopte la decisión que en derecho corresponda.

RESUELVE

RECHÁZASE, por improcedente, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto dictado por el Juez 5° Administrativo de Manizales, con el cual declaró la falta de jurisdicción dentro del proceso **de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ÁLVARO TAMAYO ROJAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

[3] Corte Constitucional, Sentencia T-685-13 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 26 de septiembre de 2017, Radicación número: T- 3.872.389

EJECUTORIADO este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen para lo de ley, previas las anotaciones que sean del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 de fecha 18 de Agosto de 2020.

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

Manizales,

_____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

RADICADO	**17001-23-33-000-2018-00290-00**
MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE	**NELLY ECHEVERRY DE PATIÑO**
DEMANDADO	**LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÒN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP**

El proceso de la referencia ingresó a despacho para fijar fecha y hora para la realización de la audiencia inicial.

Sin embargo, previo a ello, se hace necesario determinar si hay lugar a resolver alguna excepción, de conformidad con el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Al contestar la demanda la UGPP planteó las excepciones que denominó “proceder legal de la entidad”, “buena fe”, “prescripción” y “genérica”, que corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que deberán resolverse con el fondo de la controversia.

Por lo anterior, al no tener que decidir excepciones previas o mixtas, es procedente entonces fijar fecha y hora para realizar la diligencia del artículo 180 del CPACA, la cual habrá de llevarse a cabo de manera virtual a través de la plataforma Microsoft Teams, conforme lo autoriza el artículo 7 del Decreto 806 de 2020.

Para el desarrollo de la misma se REQUIERE previamente a las partes, para que dentro del término de tres (3) días, contados a partir del día siguiente a la notificación del presente auto por estado, informen lo siguiente:

1. Direcciones de correo electrónico de las partes y los apoderados que intervendrán en la audiencia, a efectos de enviar allí la citación con el enlace correspondiente para ingresar a la plataforma Teams.

2. Número telefónicos de las partes y apoderados que participarán en la audiencia.

La información requerida, así como los poderes, sustituciones de poder u otros documentos que las partes y demás intervinientes pretendan que sean tenidos en cuenta en la audiencia, deberán ser allegados a más tardar el día anterior de su diligencia, y únicamente al correo dispuesto para tal fin, sgtadmincld@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentada.

Se advierte desde ahora a las partes, apoderados y al Ministerio Público, que a la audiencia inicial a la cual se convoque posteriormente deberán conectarse desde un equipo de cómputo que debe contar con cámara de vídeo, micrófono y que preferiblemente tenga conexión a internet través de cable.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica por Estado Electrónico No. 105 de fecha 18 de agosto de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

RADICADO	**17001-23-33-000-2019-00097-00**
MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE	**GUSTAVO CÁRDENAS CARDONA**
DEMANDADO	**INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO - ICA**

En el proceso de la referencia se encontraba programada audiencia inicial para el día 18 de marzo de 2020 a las 2:30 p.m., la cual no pudo ser realizada debido a la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de la Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a raíz de la situación presentada por el COVID-19.

Al haberse reanudado los términos judiciales a partir del 1° de julio del año en curso, pasa el Despacho en primer momento a determinar si hay lugar a dar aplicación a lo señalado en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

El artículo mencionado determina lo relativo a la resolución de las excepciones, frente a lo cual se debe indicar que no hay lugar a emitir pronunciamiento sobre estas, en tanto la demanda se contestó de manera extemporánea, según constancia secretarial que reposa a folio 659.

Por lo anterior, y al estar pendiente de reprogramarse la diligencia del artículo 180 del CPACA, la cual habrá de llevarse a cabo de manera virtual a través de la plataforma Microsoft Teams, conforme lo autoriza el artículo 7 del Decreto 806 de 2020, para el diligenciamiento de la misma se REQUIERE previamente a las partes para que dentro del término de tres (3) días, contados a partir del día siguiente a la notificación del presente auto por estado, informen lo siguiente:

1. Direcciones de correo electrónico de las partes y los apoderados que intervendrán en la audiencia, a efectos de enviar allí la citación con el enlace correspondiente para ingresar a la plataforma Teams.

2. Número telefónicos de las partes y apoderados que participarán en la audiencia.

La información requerida, así como los poderes, sustituciones de poder u otros documentos que las partes y demás intervinientes pretendan que sean tenidos en cuenta en la audiencia, deberán ser allegados a más tardar el día anterior y únicamente al correo dispuesto para tal fin, sgtadmincld@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentada.

Se advierte desde ahora a las partes, apoderados y al Ministerio Público, que a la audiencia inicial a la cual se convoque posteriormente deberán conectarse desde un equipo de cómputo que cuente con cámara de vídeo, micrófono y que preferiblemente tenga conexión a internet través de cable.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica por Estado Electrónico No. 105 de fecha 18 de agosto de 2020.

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

Manizales,

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-23-33-000-2020-00128-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA PLENA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: Augusto Morales Valencia

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

REF. Control Inmediato de Legalidad (CIL)

MUNICIPIO: Supía (Caldas)

S. 093

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, en Sala Plena de Decisión Oral con función jurisdiccional, a través del mecanismo judicial automático Control Inmediato de Legalidad (CIL) contemplado en el artículo 136 del Código de lo Contencioso Administrativo (C/CA) Ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, procede a pronunciarse sobre el Decreto número 069 de 8 de mayo del año en curso, expedido por el señor Alcalde de Supía, con el cual "SE ADOPTAN INSTRUCCIONES EN VIRTUD DE LA EMERGENCIA SANITARIA GENERADA POR LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS COVID-19 Y EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO".

LA COMPETENCIA

Este tribunal es competente para conocer del asunto conforme lo disponen los artículos 136 y 151 numeral 14 del C/CA, en virtud de los cuales, en su orden y en lo pertinente, "Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código"; determinándose por consecuencia, en aquel numeral 14, que los tribunales administrativos conocen en única instancia,

> "Del control inmediato de legalidad de los actos de carácter general que sean proferidos en ejercicio de la función administrativa durante los Estados de Excepción y como desarrollo de los decretos

> legislativos que fueren dictados por autoridades territoriales departamentales y municipales, cuya competencia corresponderá al tribunal del lugar donde se expidan".

ANTECEDENTES

- El 11 de marzo último, la OMS (Organización Mundial de la Salud) declaró como pandemia la patología denominada coronavirus (Covid-19), la que tuvo lugar en la república de la China (Wuhuan), y empezó a extenderse por los países del orbe.

- Con Resolución Nº 385 de 12 de marzo de este mismo año 2020, el Ministerio de Salud y de la Protección Social declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio de la Nación, la que se prolongaría hasta el treinta (30) de mayo también de 2020. En dicha resolución ministerial, se dispuso que los jefes y representantes legales de las entidades públicas y privadas adoptaran las medidas de prevención y control que evitaran la propagación de la mencionada y desconocida enfermedad.

- Con los decretos municipales allegados, el señor Alcalde de la localidad de Supía en del Departamento de Caldas, dispuso lo siguiente:

DECRETO Nº 069 de 8 de mayo de 2020: "POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTAN INSTRUCCIONES EN VIRTUD DE LA EMERGENCIA SANITARIA GENERADA POR LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS COVID-19 Y EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO".

Con este acto administrativo, el mandatario local estableció las siguientes medidas:

> "**ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR** el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes del Municipio de Supía - Caldas, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 11 de mayo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de mayo de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.
>
> Para efectos de lograr el efectivo aislamiento preventivo obligatorio se limita totalmente la libre circulación de personas y vehículos en el territorio municipal, con las

excepciones previstas en el Decreto Nº 636 del 06 de mayo de 2020.

ARTÍCULO SEGUNDO: ADOPTAR en su totalidad las instrucciones impartidas por el presidente de la republica mediante Decreto Nº 636 del 06 de mayo de 2020 ¨*Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público*¨.

ARTÍCULO TERCERO: PROHIBIR el consumo y expendio de bebidas alcohólicas (embriagantes) en el territorio del Municipio de Supía, **a partir de las 06:00 p.m. del día 08 de mayo de 2020 hasta las 06:00 a.m. del día 11 de mayo de 2020.**

ARTÍCULO CUARTO: PROHIBIR el consumo y expendio de bebidas alcohólicas (embriagantes) en espacios abiertos y dentro de los establecimientos de comercio, **a partir de las 06:01 a.m. del día 11 de mayo de 2020 hasta las 00:00 a.m. del día 25 de mayo de 2020. No queda prohibido el expendio de bebidas embriagantes.**

PARÁGRAFO PRIMERO: Podrá realizarse la venta de estos productos a través de comercio electrónico o por entrega a domicilio para su consumo fuera de los establecimientos, atendiendo las medidas sanitarias a que hubiere lugar.

ARTÍCULO QUINTO: ESTABLECER para los establecimientos de comercio que vendan alimentos o productos de primera necesidad (mercado - medicamentos) y restaurantes - cafeterías, el siguiente horario:

Funcionamiento: Desde las 07:00 a.m. hasta las 06:00 p.m. (Apertura por ventanilla o ingreso controlado).

Domicilios de productos de primera necesidad o de los subsectores económicos permitidos por la norma: Desde las 07:00 a.m. hasta las 09:00 p.m.

ARTÍCULO SEXTO: ESTABLECER los días de circulación para los compradores de productos de primera necesidad en el municipio de Supía – Caldas, teniendo en cuenta el último digito del documento de identificación (sólo mayores de edad), así:

Lunes:	0 - 1
Martes:	2 - 3
Miércoles:	4 - 5
Jueves:	6 - 7
Viernes:	8 - 9
Sábado:	Impares (1 - 3 - 5 - 7 - 9)
Domingo:	Pares. (0 - 2 - 4 - 6 - 8)

PARÁGRAFO: Para verificar el cumplimiento de esta medida la fuerza pública y los establecimientos de comercio solicitarán el documento de identificación en original.

La disposición no implica que los ciudadanos puedan salir libremente, por el contrario, es para que la gente que debe ir a la tienda, al supermercado, al banco o cuando haya una real necesidad lo haga este día. No es para salir de paseo ni a visitar amigos o familiares.

ARTÍCULO SÉPTIMO: AUTORIZAR la práctica de deporte y actividad física al aire libre, esto es, caminar, trotar, correr, montar en bicicleta para personas que se encuentren en un rango de edad de dieciocho (18) a sesenta (60) años, únicamente el día de pico y cedula que tiene asignado. En el horario de las 05:00 a.m. hasta las 08:00 a.m. por un periodo máximo de una (1) hora diaria.

Los niños mayores de (6) años podrán salir a realizar actividades físicas y de ejercicio al aire libre tres (3) veces a la semana, esto es lunes, miércoles y viernes, media hora al día, en la franja horaria de 04:00 p.m. a 06:00 p.m. El menor debe estar acompañado de sus padres a adulto responsable.

PARÁGRAFO: El desarrollo de actividades físicas y ejercicio al aire libre, se hará bajo las siguientes medidas:

. Cualquier tipo de actividad física individual que éste contemplado en un radio de un (1) kilómetro del lugar de vivienda.
. Es necesario el uso permanente de tapabocas.
. Distancia mínima de cinco (5) metros entre cada persona.
. Se debe tener hidratación individual y es prohibido compartir elementos como toallas, lazos, comida, entre otros.
. No se permite el uso de parques biosaludables, parques infantiles, canchas del polideportivo, estadio municipal Francisco Ayala
Valencia, coliseo, gimnasios, piscinas y demás escenarios deportivos. Estos sitios son considerados foco de contaminación.
. No se permite la realización de actividades en grupo.
. Los gimnasios y las escuelas de formación deportiva deben permanecer cerrados.

ARTÍCULO OCTAVO: CLAUSURA TEMPORAL DE ESTABLECIMIENTOS: Se adopta como medida sanitaria preventiva y de control en el municipio de Supía, la clausura de los establecimientos y locales comerciales de esparcimiento y diversión; de baile, ocio y entretenimiento y de juegos de azar y apuestas tales como casinos, bingos y terminales de juegos de video.

PARÁGRAFO PRIMERO: Los establecimientos y locales comerciales a que alude el presente artículo que prevean en su objeto social la venta de comidas y bebidas; solamente podrán ofrecer estos servicios a través de comercio electrónico o por entrega a domicilio para su consumo fuera de los establecimientos, atendiendo las medidas sanitarias a que haya lugar.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Quedan exentos de esta medida los establecimientos y locales comerciales de minoristas de alimentación, de bebidas, de productos y bienes de primera necesidad, de productos farmacéuticos, de productos médicos, ópticas, de productos ortopédicos, de productos de aseo e higiene, y de alimentos y medicinas para mascotas.

ARTÍCULO NOVENO: En lo que corresponde al servicio de entrega a domicilio deberán atenderse las siguientes medidas de salubridad:

1. Desinfectar los elementos de trabajo mínimo tres (3) veces al día.
2. No realizar aglomeraciones superiores a cinco (5) personas en los sitios destinados para el despacho de productos o en el espacio público.
3. Garantizar que los bienes entregados al consumidor final se encuentren debidamente empacados y sellados a fin de evitar su manipulación en el proceso de entrega.
4. Abstenerse de realizar la labor encomendada en el caso que el personal designado para realizar el domicilio presente signos gripales.

   El cumplimiento de las medidas contempladas en este artículo está a cargo directamente de los establecimientos de comercio, por lo que su incumplimiento les acarreará la imposición de las sanciones correspondientes.

ARTÍCULO DÉCIMO: Los productos de bioseguridad necesarios para el funcionamiento del establecimiento de comercio o empresa deberá ser validado por las Secretaria de Salud y Asuntos Sociales y la Secretaria de Planeación y obras Públicas del municipio de Supía, de acuerdo a su competencia, en el sentido de establecer si cumple con los lineamientos del Ministerio de Salud, por tanto, los establecimientos de comercio o empresa no podrán entrar a operar hasta tanto no haya obtenido la validación por parte de las secretarias antes indicadas.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: Quien impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos del personal médico y demás vinculados con la prestación del servicio de salud o ejerza actos de discriminación en su contra, dará lugar a la sanción penal prevista en el artículo 134 A del

> Código penal y demás medidas correctivas previstas en la Ley 1801 de 2016.
>
> **ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: FIJAR** horario especial para los funcionarios de la administración municipal durante el mes de mayo, así: De 08:00 a.m. a 02:00 p.m.
>
> **PARÁGRAFO:** La atención al público será restringida y el ingreso a las instalaciones de la Alcaldía se hará de manera controlada.
>
> **ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO: INOBSERVANCIA DE LAS MEDIDAS.** Las anteriores medidas constituyen una orden de policía y su incumplimiento dará lugar a las medidas correctivas contempladas en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 1801 de 2016 (multa general tipo 4; participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia); así como a las sanciones penales y pecuniarias previstas en los artículos 368 y 369 del Código Penal y 2.8.8.1.4.21 del Decreto 780 de 2016.
>
> **ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO: COMUNICAR** de conformidad con las disposiciones del artículo 3 del Decreto Nacional 418 de 2020, copia del presente decreto será remitido al Ministerio del Interior para los fines pertinentes.
>
> **ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO: COMUNICAR** el contenido del presente decreto a la Policía Nacional, la Inspección de Policía, Inspección de Tránsito y Transporte, Secretaría de Gobierno y Asuntos Administrativos, Secretaria de Salud y Asuntos Sociales, ESE Hospital San Lorenzo y a la comunidad del municipio de Supía.
>
> **ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO:** El presente deroga el Decreto 067 del 27 de abril de 2020."

Este decreto fue expedido en vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Gobierno Nacional a través del Decreto 637 de 6 de mayo de 2020, y se fundamentó en las siguientes disposiciones de rango constitucional y legal: Artículos 2, 49 y 315 de la Constitución; Ley 9 de 1079; Ley 136 de 1994; y Decreto 636 de 6 de mayo último.

En la parte motiva de tal acto administrativo, el Alcalde del Municipio de Supía se refirió a los fines del Estado consagrados en el artículo 2º de la Constitución, y realizó un recuento de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional con el fin de evitar la propagación del Coronavirus COVID-19, para lo cual mencionó los Decretos 418 y 420 del mes de marzo, 531, 536 y 593 del mes de abril, y 636 y 637 del mes de mayo, todos de 2020.

Se refirió, también, a las facultades de los alcaldes para adoptar medidas para la conservación del orden público o su restablecimiento, consagradas en la Ley 136 de 1994 y en la Ley 1551 de 2012, a la posibilidad que tiene de adoptar medidas para la prevención de riesgo ante situaciones de emergencia, seguridad y calamidad, consagradas en el artículo 14 de la Ley 1801 de 2016[1], así como a la sanción dispuesta en el artículo 368 del Código Penal para aquellos que contravengan las disposiciones adoptadas por las autoridades.

CONCEPTO
DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Judicial 29 para Asuntos Administrativos emitió concepto en el presente Control Inmediato de Legalidad /Archivo digital '2020-00128 Supía Dto 069'/, solicitando a la Sala de Decisión "INHIBIRSE o NO pronunciarse sobre la legalidad del Decreto 069 de marzo de 2020 proferido por el Alcalde de Supia (sic), Caldas, por cuanto, como se indicó escapan (sic) al control inmediato de legalidad al tenor del artículo 136 del CPACA, en virtud que estos actos administrativos se fundamenta en las facultades ordinarias de policía administrativa que se ejercitan para desarrollar un decreto nacional expedido por fuera del término de la declaratoria de la Emergencia Económica, Social y Ecológica".

Previo a abordar el fundamento de su concepto, se refirió a la competencia de esta Corporación para conocer del Control Inmediato de Legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, así como al marco normativo y jurisprudencial de dicho medio de control, para concluir que los actos administrativos objeto de estudio no se deben confrontar con todo el ordenamiento jurídico nacional sino, exclusivamente, con respecto a los Decretos Legislativos expedidos en razón de la Declaratoria de la Emergencia Social, Económica y Ambiental; por tanto, consideró, los Decretos objeto de estudio no sólo fueron dictados en virtud de las facultades y atribuciones de que gozan los alcaldes para el mantenimiento del orden público, sino que los mismos están fundados en los Decretos legislativos dictados por el Gobierno Nacional durante el Estado de Excepción, por lo que ameritan ser analizados en sede Control Inmediato de Legalidad.

[1] Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana".

Sobre el caso concreto refirió que los Decretos estudiados, además de estar suscritos por el señor Alcalde del Municipio de Supía, tienen las siguientes características:

> "(…)
> i) Encabezado en el cual se identifica claramente la autoridad que expide la norma, su número y fecha respetivos;
> ii) Epígrafe, esto es, un resumen de las materias reguladas;
> iii) Normas constitucionales y legales que fundamentan la competencia, haciéndose referencia expresa a las facultades que se ejercen;
> iv) Parte considerativa, en la cual se alude al contenido de las materias reguladas y las razones que justifican la expedición de la actuación;
> v) Parte resolutiva, con los artículos que contienen las decisiones y mandatos del acto administrativo dirigidos a la generalidad de los habitantes del municipio de Supía; y,
> vi) Se señala expresamente en el artículo de vigencia a partir de cuándo comienza a regir".

Indicó el Ministerio Público que, además de los requisitos de forma, el acto administrativo objeto de estudio debe satisfacer unos requisitos de fondo tales como: a) que se trate de un acto de carácter general; b) que haya sido dictado en ejercicio de la función administrativa; y c) que tenga como fin desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos en los estados de excepción.

Acompasando tales requisitos con los decretos bajo examen, el Ministerio fiscal concluyó que "el Decreto 069 del 8 de mayo de 2020 del Alcalde de Supia (sic), Caldas, escapan al control inmediato de legalidad al tenor de las normas que regulan ese trámite, por cuanto desarrollan, en ejercicio de las facultades ordinarias que le asisten al alcalde municipal, el contenido de un decreto que, como se indicó, no es legislativo y se profirió por fuera de los dos estados de excepción declarados por la pandemia generada por el COVID-19 y sin fundamento en éstos."

Recalcó, por último, que la decisión adoptada en el presente trámite hace tránsito a cosa juzgada relativa, puesto que cualquier ciudadano puede demandar a través del medio de control de nulidad simple la legalidad de los decretos, siempre y

cuando se alegue la violación de normas diferentes a este Control Inmediato de Legalidad.

PRONUNCIAMIENTO
DEL ALCALDE DE SUPÍA

Con memorial datado el 18 de mayo último[2], el señor Alcalde de la municipalidad de Supía se pronunció para expresar que, si bien en el auto admisorio del Control Inmediato de Legalidad se mencionó que el decreto no fue expedido con base en decretos legislativos, dentro de las consideraciones del mismo sí se citó el Decreto 637 de 6 de mayo de 2020 por el cual se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

CONSIDERACIONES
DE LA
SALA PLENA

De conformidad con la competencia establecida en los artículos 151 y 184 de la Ley 1437 de 2011 para conocer en única instancia del Control Inmediato de Legalidad, procede la Sala Plena de Decisión a estudiar la legalidad del Decreto Nº 069 de 8 de mayo de 2020, proferido por el señor Alcalde del Municipio de Supía, para lo cual se abordarán los siguientes aspectos: i) aspectos generales del Control Inmediato de Legalidad; ii) análisis de los requisitos formales y sustanciales de los actos administrativos objeto de estudio; y iii) análisis del caso concreto.

I) ASPECTOS GENERALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD (CIL)

De este novedoso mecanismo que en la práctica solo se estrena ahora por la pandemia que afecta al mundo, y de manera específica a Colombia, se dio su implementación a partir de la Constitución de 1991, sin que dicho ordenamiento hubiese hecho mención sobre el particular -como tampoco lo había hecho la Carta Política de 1886-, de un control automático de los actos administrativos derivados de los Decretos de Estados de Excepción. Es del caso anotar aquí, como caso particular desde el punto de vista del derecho comparado que, en Francia, por ejemplo, los Decretos legislativos que dicta el ejecutivo en Estados de Excepción

[2] Archivo digital 'AMSC 171 PRONUNCIAMIENTO DECRETO NRO 069 DE 8 DE MAYO DE 2020'.

(en voz original, "estados de crisis") carecen de control judicial por parte del Tribunal Constitucional, no obstante las normas administrativas emitidas con fundamento en ellos sí son revisados por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos (Pierre PACTET, "*Institutions Politiques Droit Constitutionnel*", 9ª ed. Masson, Dorit Sciences Economiques; pp. 388-390), en lo que sí parece estar más avanzado nuestro país.

Ahora bien; por primera vez, la Ley 137 de 1994 que desarrolló los Estados de Excepción, estableció en su artículo 20 el mecanismo de control en comento:

> CONTROL DE LEGALIDAD. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, **tendrán un control inmediato de legalidad**, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.
>
> Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.

Ni el Decreto 01 de 1984, ni las normas que lo modificaron como la Ley 446 de 1998, se refirieron al tema en un Código Contencioso Administrativo, sino que lo vino a hacer la Ley 1437 de 2011 en su segunda parte, como mecanismo autónomo de control también de la actividad administrativa, pero tanto en cuanto fuera exclusivamente como consecuencia de los estados de excepción, y por cuyo ministerio:

> CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un **control inmediato de legalidad**, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.

> Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento.

Y no obstante que en las reglas específicas de competencia haber olvidado el legislador de la Ley 1437 asignarle esa atribución al Consejo de Estado (V. art. 149), sí lo hizo con respecto a los tribunales administrativos en el numeral 14 del artículo 151 ibídem, en virtud del cual estas corporaciones conocen en ÚNICA INSTANCIA,

> 14. **Del control inmediato de legalidad** de los actos de carácter general que sean proferidos en ejercicio de la función administrativa durante los Estados de Excepción y como desarrollo de los decretos legislativos que fueren dictados por las autoridades territoriales departamentales y municipales, cuya competencia corresponderá al Tribunal del lugar donde se expidan.

En este evento, como se puede deducir, no se requiere de una demanda con formalidad alguna, y es el único caso en que la jurisdicción contenciosa administrativa puede asumir "**de oficio**", el conocimiento de un asunto.

El Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha aludido a los rasgos de su **naturaleza, finalidad y características** del CIL, los que fueron traídos y reiterados en sentencia de once (11) de mayo del año en curso, proferida por la Sala Especial de Decisión Nº 10, con ponencia de la Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del expediente 11001-03-15-000-2020-00944-00, donde se expuso:

> "… El control inmediato de legalidad es el medio jurídico previsto en la ley estatutaria 137 de 1994[3] y en la ley 1437 de 2011[4], para examinar <<*las medidas de carácter general que sean dictadas*>> por las diferentes autoridades públicas, tanto del orden nacional, como territorial, en ejercicio de la función administrativa, para desarrollar o reglamentar los

[3] Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia.
[4] Código e Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

decretos legislativos proferidos durante los estados de excepción.

Esta Corporación[5] ha definido como características del control inmediato de legalidad las siguientes:

1. Es un verdadero proceso judicial, porque el artículo 20 de la Ley 137 de 1994[6] otorgó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para tramitar dicho mecanismo de escrutinio o revisión de las medidas de carácter general, expedidas por las autoridades públicas nacionales y territoriales, en ejercicio de la función administrativa, para desarrollar los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción. De ahí que la providencia que decida el control inmediato de legalidad es una sentencia judicial.

2. Es automático e inmediato, porque tan pronto se expide el correspondiente acto administrativo general para desarrollar los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, la autoridad pública de la cual emanó dicho acto, debe enviarlo a la jurisdicción contenciosa dentro de las 48 horas siguientes, para que se ejerza el control correspondiente, so pena de que la autoridad judicial competente asuma, de oficio, el conocimiento del asunto. Por lo tanto, ni siquiera es necesario que el acto se haya divulgado.

3. Es autónomo, porque es posible que se controlen los actos administrativos generales expedidos para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto que declara el Estado de Excepción y de los decretos legislativos que expida el Presidente de la República para conjurarlo.

---

[5] Ver, entre muchas otras, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de enero de 2003, exp.2002-0949-01. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, del 7 de octubre de 2003, exp. 2003-00472-01, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, del 16 de junio de 2009, exp. 2009-0305-00, y del 9 de diciembre de 2009, exp. 2009-0732-''. M.P. Enrique Gil Botero.

[6] Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia.

4. Es integral, por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad del acto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y con el propio decreto legislativo, la sujeción a las formas y a la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjugar la crisis e impedir la extensión de los efectos del estado de excepción. Es de aclarar, que aunque en principio, podría pensarse que el control integral supone que el acto administrativo general expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, se confronta frente a todo el ordenamiento jurídico, hay que tener en cuenta, que debido a la complejidad y extensión del ordenamiento jurídico, el control inmediato de legalidad queda circunscrito a las normas invocadas en la sentencia con la que culmina el proceso.

5. La Sala Plena del Consejo de Estado[7] ha dicho además, que el control es compatible con las acciones públicas de nulidad simple y nulidad por inconstitucionalidad, según sea el caso. De modo que el acto administrativo general expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, puede demandarse posteriormente en Nulidad simple o en Nulidad por inconstitucionalidad, siempre que se alegue la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad.

6. Es un control participativo, pues, los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la legalidad de los actos administrativos objeto de control.

7. La sentencia que decide el control inmediato de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa (artículo 189 del CPACA). En cuanto a esta característica, esta Corporación ha dicho que los

[7] Ver, entre otras, las siguientes sentencias: (i) Del 7 de febrero de 2000; Expediente: CA-033. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. (ii) Del 20 de octubre de 2009, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente Nº 2009-00549. (iii) Del 9 de diciembre de 2009, M.P. Enrique Gil Botero, expediente Nº 2009-00732.

> fallos que desestiman la nulidad de los actos objeto de control o que la decretan solo parcialmente respecto de algunos de sus preceptos, aunque tienen efectos *erga omnes*, esto es oponible a todos y contra todos, por otro lado, tiene la autoridad de cosa juzgada relativa, es decir, solo frente a los ítems de ilegalidad analizados y decididos en la sentencia. Entonces, la decisión adoptada en un fallo desestimatorio, en estos casos, en tanto se contrae a un estudio de legalidad limitado dado su carácter oficioso, ajeno a la naturaleza dispositiva del control judicial asignado a la justicia administrativa, no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción con normas superiores y –por lo mismo- no es óbice para que a futuro se produzca otro pronunciamiento, que verse sobre reproches distintos que puedan edificarse sobre la misma norma.
>
> …".

Una vez realizado el análisis general del mecanismo judicial Control Inmediato de legalidad, pasará esta Sala Especial de Decisión a analizar los presupuestos necesarios para determinar su procedencia respecto de los actos administrativos materia de estudio.

II) PRESUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Son elementos que caracterizan la **procedibilidad** de este mecanismo judicial:

i) Que se trate de medidas de carácter general, impersonal o abstracto;
ii) Que sean dictadas en ejercicio de función administrativa (actos administrativos)
iii) Que sean desarrollo de los Decretos legislativos de Estados de Excepción.

- **Que se trate de medidas de carácter general**

Repárese que el Decreto Nº 069 ordenó el aislamiento preventivo obligatorio para todas las personas habitantes del Municipio de Supía, para lo cual limitó totalmente la libre circulación de personas y vehículos en el territorio municipal,

por lo que resulta claro que las medidas adoptadas por el Alcalde del Municipio de Supía en el Decreto que se revisan, son de carácter general y de naturaleza indeterminada, como se acaba de dejar expuesto, lo que hacen que se cumpla con el primer elemento característico de la procedibilidad del Control Inmediato de Legalidad.

- **Que las medidas adoptadas sean dictadas en ejercicio de Función Administrativa**

En punto a este requisito, se debe empezar por definir lo que es FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, para deducir sí, en verdad, el jefe del ejecutivo municipal hizo ejercicio de la mencionada función. A grandes rasgos puede decirse que ella tiene una doble perspectiva: una orgánica y otra material.

De la primera (perspectiva orgánica) se puede aludir que la **función administrativa** es la que ejerce la administración pública, es decir, la rama ejecutiva del poder público; y desde el punto de vista material, son las encaminadas a la realización de los fines del Estado.

El ilustre tratadista Español don Eduardo García de Enterría esquemáticamente diferenciaba, por exclusión, que la función administrativa es lo que está por fuera de las funciones de legislar y juzgar. Existen desde luego multiplicidad de definiciones sobre la expresión.

El profesor también hispano D. Gabino Fraga en su obra DERECHO ADMINISTRATIVO[8], abordando el tema de la FUNCIÓN ADMINISTRATIVA expone que hay un grupo de doctrinantes que la define en relación con la finalidad que el Estado persigue al realizarla. Así, dice, "Berthélemy considera la función administrativa como la actividad del poder ejecutivo encaminada a la ejecución de la ley…"; "Hauriou es otro de los autores franceses que define la función administrativa en relación, entre otros elementos, al fin que persigue. Define la función administrativa diciendo que "tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por

[8] Editorial Porrúa S.A., 32ª ed. 1993.

medios de policía y por la organización de servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la gestión administrativa".

Es mismo autor señala que los Alemanes conciben la función administrativa teniendo en cuenta la idea de "fin": Otto Mayer dice que "la administración es la actividad del Estado para la realización de sus fines y bajo un orden jurídico..."; Para Jellinek, "las funciones materiales resultan de la relación existente entre la actividad del Estado y los fines del Estado. En razón del fin jurídico del Estado, una parte de su actividad tiende al establecimiento y a la protección del derecho; esta parte de su actividad se separa de las funciones que tienen por fin afirmar la fuerza del Estado y favorecer la civilización…la administración realiza tareas concretas obedeciendo al impulso dado por las reglas jurídicas"

En nuestra legislación nacional, el artículo 209 constitucional consigna que "La función administrativa está al servicio de los intereses generales"; mientras que el artículo 2º ibídem pregona que,

> "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
>
> Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

El mismo ordenamiento superior establece en el artículo 298 que, "Los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales…ejercen funciones administrativas…"; en tanto que el mandato 303 ibídem indica que, "En cada uno de los departamentos habrá un gobernador que será jefe de la administración seccional…".

El artículo 311 constitucional, a su turno, señala que "Al municipio como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignan la Constitución y las leyes", al paso que el artículo 314 dispone que "En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local…".

Con todo lo expuesto, no cabe duda que constitucionalmente los Departamentos y municipios, son entidades que deben cumplir las funciones propias del Estado en sus respectivos territorios, y que sus mandatarios cumplen, por ende, tareas o funciones de índole administrativa, generalmente por medio de actos administrativos ("decisión ejecutoria" en voces de Jean Rivero), que de acuerdo a lo que se ha venido expresando, las declaraciones de voluntad administrativa local contenidas en los decretos remitidos por el burgomaestre del Municipio de Supía a esta jurisdicción especializada, desarrollan materias típicas de la función administrativa, razón por la cual cumplen con el segundo de los requisitos de procedibilidad contemplados en los artículos 20 de la Ley 137/94 y 136 del C/CA (Código de lo Contencioso Administrativo), esto es, fueron dictados "en ejercicio de función administrativa".

- **Que las medidas hayan sido adoptadas en desarrollo de los Decretos-legislativos de Estados de Excepción**

En lo que atañe al último requisito, es decir, que el acto que se revisa haya sido expedido **"como desarrollo de los (derechos) Decretos legislativos durante los Estados de Excepción".**

Los Estados de Excepción están previstos en los artículos 212 a 215 de la Carta Política. El primero alude al estado de guerra exterior (art. 212); el 213 contempla el Estado de conmoción interior, y el artículo 215 prevé el "Estado de Emergencia", en este evento, cuando se den hechos distintos al de repeler una agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y con el fin de procurar el restablecimiento de la normalidad; o por la grave perturbación del orden público que atente contra la estabilidad institucional y la seguridad del

Estado, o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía; y aquellos cuando "perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública", habilitan al Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, para "declarar el estado de emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario".

El mismo mandato 215 señala en su inciso 2º que, "Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos"; de igual modo, estipula su inciso 3º, en lo pertinente, que:

> "Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia…".

El Decreto del Estado de Emergencia

El señor Presidente de la República con fundamento en las potestades constitucionales y legales que le confieren los artículos 215 de la Constitución y la Ley 137 de 1994, expidió el Decreto Nº 637 de 6 de mayo de 2020, "Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional" por un lapso de 30 días calendario "contados a partir de la vigencia de este decreto" (art. 1º), y ordenando con su artículo 3º:

> "El Gobierno nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo"/Líneas no son del texto/.

Aquel Decreto 637 de Emergencia empezó a regir a partir de su "publicación", que lo fue el mismo día de su expedición, el 6 de mayo último, en el Diario Oficial de la Nación Nº 51.306.

Habrá que decirse, que el decreto objeto de estudio no menciona en su parte motiva el ya referido Decreto Nº 637 de 2020, no obstante que en su parte considerativa sí refiere, no sólo Decretos Legislativos, sino que además menciona a modo de antecedente el Decreto de Emergencia; entonces, la Sala se pregunta:

- ***¿Constituye obligación infranqueable para el operador de la función administrativa, invocar en su acto un Decreto de Estado de Excepción (aspecto formal), para poder así determinar que fue expedido con fundamento en dicho Estado excepcional?***

O,

- ***¿Será suficiente el análisis del acto sometido a Control Inmediato de Legalidad y su confrontación material con el Decreto Legislativo que supuestamente le sirve de causa?***

Todo acto de autoridad pública tiene unos requisitos o elementos esenciales para su existencia, validez y eficacia.

El renombrado tratadista francés, Decano honorario de la facultad de Derecho de la Universidad de París II, alude en su obra DERECHO ADMINISTRATIVO[9], que la "decisión ejecutoria" (entiéndase acto administrativo) tiene unos elementos de naturaleza "formal" y unos elementos de naturaleza "material", correspondiendo a los primeros la COMPETENCIA (poder del autor o autores de la decisión) y las FORMAS (procedimiento según el cual se adopta la decisión). Los de naturaleza MATERIAL dice que son los MOTIVOS O CAUSA de la decisión (elementos de hecho o de derecho a los cuales debe responder la decisión); el OBJETO (contenido de la decisión), y el FIN (el interés público). Prosigue el eximio jurista señalando que, "normalmente las decisiones ejecutorias son EXPRESAS y en forma ESCRITA", y también reconoce que "pueden existir decisiones ejecutorias en FORMA VERBAL"; y que igualmente existen "DECISIONES IMPLÍCITAS que resultan del silencia de la Administración.

En cuanto a la eficacia alude a la PUBLICIDAD, entendiendo por ésta "la operación mediante la cual las decisiones ejecutorias se ponen en conocimiento de los

[9] Biblioteca Jurídica Aguilar, traducción de la 6ª edición francesa, 1980. p. 154.

interesados" y "determina en cierta medida el momento de entrada en vigor de la decisión ejecutoria (pp. 157-158), al tiempo que menciona que la publicación es de índole IMPERSONAL, mientras que la NOTIFICACIÓN "es una forma de publicidad PERSONAL; y que, "en principio, la publicación se aplica a los actos reglamentarios; la notificación, a los actos no reglamentarios"

El doctrinante español, Letrado del Consejo de Estado JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS en la segunda edición de su libro LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS[10], aborda el tema de los requisitos de los actos administrativos, y haciendo el parangón de lo que sobre el particular exponen varios doctrinantes (FORTI, ZANOBINI, FRAGOLA, FERNÁNDEZ DE VELASCO, AGUSTÍN GORDILLO, CASSAGNE, VILLAR PALASÍ, FERNANDO GARRIDO FALLA, etc.), acoge también al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ya mencionado en otro apartado de esta providencia, de quien dice, distingue los siguientes elementos esenciales (requisitos) del acto administrativo:

a) Elementos subjetivos (Administración, órgano, competencia, investidura del titular del órgano)
b) Elementos objetivos (presupuesto de hecho, objeto, causa, fin)
c) Formales (procedimiento, forma de la declaración)

En lo que atañe de manera específica a la mención del fundamento jurídico, el mismo autor GARCÍA-TREVIJANO FOS expone que en la forma de los actos hay que distinguir la "forma externa de la declaración", y "el *iter* que ha conducido a su emanación", y razona:

> "Se ha hablado así de formas internas y externas. La forma de los actos jurídicos, y el formalismo en general, fue predicable de las sociedades primitivas y poco avanzadas. En el antiguo derecho romano las manifestaciones formales ocupan un lugar preponderante, es la etapa de las formas simbólicas, que va cediendo paulatinamente a medida que el derecho se va haciendo más popular. Las antiguas formas sagradas, guardadas celosamente, se superan con la publicación de las fórmulas. En realidad, las formas

[10] Editorial CIVITAS S.A., 1986.

> simbólicas se remontan a la época en que el derecho se confunde con la fantasía; por ello a medida que la reflexión extiende su imperio -dice SAVIGNY- estas formas pierden gran parte de su interés, llegando a su total abandono.
>
> Surgen entonces, como superación del extremo formalismo, continúa, la redacción escrita de los actos y principalmente la comparecencia de las partes ante un tribunal, notarios o empleados encargados de llevar el registro de los mismos…".

Se han traído los anteriores esbozos doctrinarios para señalar, que si bien la cita de la norma jurídica en el encabezamiento del acto administrativo (así como el nombre de la entidad, la investidura de quien lo profiere, la fecha) hace que externamente se informe a los destinatarios de elementos formales como la competencia, la verdad es que su ausencia no incide en la existencia y validez de la actuación, pues en sentir de esta Sala constituye una simple irregularidad, y por lo mismo no conlleva vicio que por ello pueda hacer írrito el acto, y de aceptarlo, se incurriría en la exigencia del exceso de formas, haciendo a un lado la importancia del aspecto material o contenido del acto, máxime cuando la norma jurídica no lo exige, y por contera, se daría aplicación al artículo 228 de la Carta Política.

En este orden, repárese por ejemplo en la primera parte de la Ley 1437 de 2011, artículos 42 a 45, que no existe regla jurídica alguna que ubique como requisito sustancial de los actos administrativos el señalar las normas de competencia para expedir el acto; y si se remonta esta Sala Colectiva de Decisión a lo que establece como causales de la nulidad de los actos administrativos previstos en el artículo 137 ibídem, la misma procederá, en lo que es del caso, "cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse", o "en forma irregular". Sobre la primera causal es de fácil entendimiento que hace referencia a la violación de norma superior a la cual debía sujetarse la declaración (que no lo es la ausencia de mención de una norma que fundamenta el acto); y la expedición irregular, corresponde a que no se haya atendido a las formas sustanciales y no a las meras o simples formalidades, como lo sería aquella omisión.

En fin; se le dio curso al CIL para detectar, al momento de dictar sentencia, si la sola circunstancia de no haberse indicado ni en el encabezamiento ni en el cuerpo de los actos sub-exámine la norma con base en la cual se expidieron (en este caso el Decreto Legislativo de Estado de Excepción), sustraía al juez de conocer de esa voluntad de la administración.

La respuesta es negativa, porque el operador de justicia debe atenerse, se itera, a la materialidad del acto y confrontarlo con el acto legislativo que regula la materia, y ahí sí determinar si fue expedido o no con base en él, razón por la cual se atenderá a los criterios recogidos por el H. Consejo de Estado en auto de 22 de abril de 2020[11], a fin de establecer si los decretos que sirvieron de sustento para la expedición de los actos administrativos objeto de análisis, son verdaderos decretos legislativos:

> "En este punto se resalta que, tanto los decretos que declaran los estados de excepción, entre ellos el estado de emergencia (?), como aquellos que concretan las medidas legislativas para remediarlos, son decretos legislativos[12], los cuales comparten las siguientes **características generales**:
>
> - ***En cuanto a su forma***
>
> (i) Deben llevar la firma del presidente de la República y de los ministros de su Gabinete.
>
> (ii) Han de ser motivados, con la expresión de las razones de hecho y de derecho por las cuales se hace la declaratoria respectiva o por las que se adoptan las medidas que la desarrollan. Esos motivos deben guardar correspondencia con los supuestos previstos en la Constitución para la declaración de cada estado de excepción y con las causas concretas que lo originaron.

[11] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C. P: William Hernández Gómez. Auto de 22 de abril de 2020. Radicación: 11001-03-15-000-2020-01213-00(CA)A.
[12] Cfr. C. Const., Sent. C-802, oct. 2/2002.

- ***Respecto de su contenido sustancial***

  Aquí es necesario distinguir entre el decreto que declara el estado de excepción de los expedidos con fundamento en dicha declaratoria. Podemos distinguirlos así:

  (i) En el decreto legislativo que declara la conmoción interior o la emergencia económica, social y ecológica se debe fijar el tiempo de duración, que podrá ser por períodos de treinta días, los cuales, sumados, no podrán exceder de noventa en el año calendario.

  (ii) Los decretos legislativos dictados con fundamento en el estado de excepción que haya sido declarado, deben circunscribirse a las medidas estrictamente necesarias para afrontar y superar la crisis. Igualmente, estas últimas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos y no pueden implicar la suspensión de los derechos humanos ni de las libertades fundamentales, y, en todo caso, deberán respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

- ***En lo relativo a su control***

  Los decretos legislativos están sujetos a los siguientes controles:

  (i) Al judicial de la Corte Constitucional, mediante el control automático, que obliga al Gobierno Nacional a enviarlos a dicha Corporación, al día siguiente de su expedición, y si el Gobierno no cumpliere con ese deber, aquélla aprehenderá de oficio y de forma inmediata su conocimiento.

  (ii) Al político del Congreso, que puede hacerse efectivo a través de juicio de responsabilidad por cualquier abuso que los miembros del Gobierno cometan en el ejercicio de las facultades respectivas, y a través de la atribución que esa

Corporación tiene para modificar o derogar en cualquier época las medidas tomadas mediante los decretos legislativos.

Por su parte, las **características específicas** de los decretos legislativos expedidos en el marco del estado de emergencia económica, social o ecológica son las siguientes:

(i) Pueden derogar, adicionar o modificar las leyes que sean pertinentes y en consecuencia tienen los mismos efectos jurídicos de una ley, a diferencia de lo que ocurre con los decretos legislativos proferidos en los estados de guerra exterior y conmoción interior, que solo suspenden las leyes que sean contrarias a la situación excepcional que se presente.

(ii) Los decretos legislativos que desarrollan el estado de emergencia tienen una vigencia indefinida, esto es, pueden sobrepasar el término por el cual se declaró el estado de excepción. No obstante, si establecen nuevos tributos o modifican los impuestos existentes, las medidas respectivas regirán solo hasta el vencimiento de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso las convierta en permanentes.

(iii) Pueden ser derogados, modificados o adicionados por el Congreso, pero la oportunidad para ello depende de si la iniciativa legislativa es exclusiva del Gobierno Nacional, o no. Las variables son las siguientes: (a) En aquellas materias que son de iniciativa legislativa del presidente, la derogación, modificación o adición de los decretos legislativos de emergencia, por parte del Congreso, solo es posible durante el año siguiente a la declaración de emergencia. (b) En las materias que los congresistas pueden tener iniciativa legislativa, el Congreso podrá ejercer en todo tiempo dicha facultad.

> iv) Finalmente, estos decretos legislativos están sujetos a la prohibición de no desmejorar los derechos sociales de los trabajadores."

Una vez realizada la anterior precisión se analizará el contenido de cada uno de los Decretos objeto de estudio en el presente Control Inmediato de Legalidad.

- **EL DECRETO Nº 069 DE 8 DE MAYO DE 2020**

Repárese que el Decreto Nº 069, con el cual se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio, mencionó en su parte motiva el Decreto 636 de mayo último, al paso que en la parte considerativa se refirió a los Decretos 418, 420, 531, 536, 593, 636 de 2020, razón por la cual habrá de analizarse si estos atienden a los criterios descritos en la jurisprudencia previamente trasuntada, y determinar, así, la procedencia o no de su análisis de fondo a través del Control Inmediato de Legalidad.

- **Decreto Nº 418 de 18 de marzo de 2020** "Por el cual se dictan medidas transitorias para expedir normas en materia de orden público". Este Decreto fue expedido por el Presidente de la República "en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016", y está signado por el Máximo Mandatario nacional y por **dos de sus ministros**.

- **Decreto Nº 420 de 18 de marzo de 2020:** "Por el cual se imparten instrucciones para expedir normas en materia de orden público en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia COVID-19". Este Decreto fue firmado por el Presidente de la República y **7 de sus ministros**, y fue dictado "en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016, en concordancia con el Decreto 418 de 2020".

- **Decreto Nº 531 de 8 de abril de 2020:** "Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público". Este

Decreto fue firmado por el Presidente de la República, **13 de sus ministros y por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública**, y fue dictado "en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016".

- **Decreto Nº 536 de 11 de abril de 2020**, "Por el cual se modifica el Decreto 531 del 8 de abril de 2020 en el marco de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público". Este Decreto fue expedido por el Presidente de la República "en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016", y está signado por el Máximo Mandatario nacional, por **trece de sus ministros y por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.**

- **Decreto Nº 593 de 24 de abril de 2020,** "Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público". Este Decreto fue firmado por el Presidente de la República, **14 de sus ministros y por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública**, y fue dictado "en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, los artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016".

- **Decreto Nº 636 de 6 de mayo de 2020:** "Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público". Este Decreto fue firmado por el Presidente de la República, **14 de sus ministros y por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública**, y fue dictado "en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, los artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016".

Tiénese, por modo, que ninguno de los Decretos referidos tuvo como fundamento el decreto con el cual fue declarado el Estado de Excepción, ni desarrolló medidas autorizadas por alguno de sus Decretos legislativos; sumado a ello, ninguno tiene la firma de la totalidad de los ministros que componen el gabinete ministerial, por lo que debe declararse también, respecto de estos actos administrativos. No obstante recuérdese que en la parte considerativa del acto administrativo, el máximo mandatario local sí mencionó el ya citado Decreto 637 del Estado de Emergencia, razón por la cual pasará esta Sala de Decisión a abordar el estudio de fondo de este acto administrativo, aclarando que el mismo se circunscribe a examinar: a) "la competencia de la autoridad que expidió el acto; b) la conexidad del acto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y con el propio decreto legislativo; c) la sujeción a las formas y a la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjugar la crisis e impedir la extensión de los efectos del estado de excepción, tanto los requisitos formales como materiales[13].

1. REQUISITOS FORMALES

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 315 del estatuto mayor, es una atribución de los Alcaldes "Dirigir la acción administrativa del municipio (…)".

El Decreto Nº 069 de 8 de mayo de 2020, fue suscrito por el Señor Miguel Antonio Londoño Zuluaga, quien fue elegido como Alcalde del Municipio de Supía en las elecciones llevadas a cabo el 27 de octubre de 2019[14]. Adicional a ello, tal como lo expresó el señor Agente del Ministerio Público, en dicho acto administrativo se identifica la autoridad que lo dicta, el número de identificación del decreto, la fecha de expedición, el objeto o materias a regular, las normas constitucionales y legales en que se funda, las consideraciones, la parte resolutiva, y finalmente, la vigencia.

Dicho esto, encuentra esta Sala Especial de Decisión que se encuentran satisfechos los elementos formales del acto administrativo analizado en el presente trámite.

[13] Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión, M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 11 de mayo de 2020. Radicado 11001-03-15-000-2020-00944-00
[14] https://resultados2019.registraduria.gov.co/alcalde/985/colombia/caldas/supia

2. REQUISITOS MATERIALES (CONEXIDAD Y PROPORCIONALIDAD)

Tal como se señaló en líneas anteriores, el señor Alcalde del Municipio de Supía, mencionó en la parte considerativa del acto administrativo objeto de estudio el Decreto 637 de 6 de mayo último, no obstante, considera esta Sala Especial de Decisión, que aquel Decreto 637, lo único que hizo fue declarar el Estado de Excepción por un tiempo determinado en todo el territorio nacional, más no adoptó medidas concretas a través de Decretos Legislativos, ni facultó a las autoridades administrativas municipales para la expedición de medidas extraordinarias destinadas a conjurar la crisis. Por ello, la medida adoptada en el Decreto Nº 069 de 2020 carece de conexidad con el plurimencionado Decreto 637 de mayo último, razón por la cual habrá de declararse la improcedencia del Control Inmediato de Legalidad respecto de este acto administrativo.

Empero todo lo expuesto, el decreto municipal del que ha dado cuenta esta providencia, es igualmente pasible de ser demandado a través de la acción de nulidad contemplada en el artículo 137 del C/CA, mismo que también será remitido al señor Gobernador del Departamento para que, en ejercicio del control de tutela que ejerce frente a la municipalidades, proceda a revisar el acto administrativo (art. 305-10 de la Constitución)

Es por ello que el **Tribunal Administrativo de Caldas, en Sala Plena de Decisión con función jurisdiccional, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,** visto el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA

DECLÁRASE la improcedencia del Control Inmediato de Legalidad, con respecto al Decreto Nº 069 de 8 de mayo del año en curso, dictado por el señor Alcalde del Municipio de Supía.

EJECUTORIADA esta sentencia, COMUNÍQUESE a los señores Alcalde de Supía y Gobernador de Caldas, **y ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones que sean del caso en el programa Justicia Siglo XXI**.**

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE

Discutido y aprobado en Sala Plena de Decisión realizada en la fecha según acta Nº 040 de 2020

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 de fecha 18 de Agosto de 2020.

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

Manizales,

_____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

17001-23-33-000-2020-00130-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA PLENA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: Augusto Morales Valencia

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

REF. Control Inmediato de Legalidad (CIL)

MUNICIPIO: Manizales (Caldas)

S. 094

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, en Sala Plena de Decisión Oral con función jurisdiccional, a través del mecanismo judicial Control Inmediato de Legalidad (CIL) contemplado en el artículo 136 del Código de lo Contencioso Administrativo (C/CA) Ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, procede a pronunciarse sobre el Decreto 380 de 8 de mayo del año en curso, expedido por el señor Alcalde de Manizales, "Por el cual se imparten ordenes e instrucciones para la debida ejecución de la medida de aislamiento obligatorio ordenado mediante Decreto Nacional".

LA COMPETENCIA

Este tribunal es competente para conocer del asunto conforme lo disponen los artículos 136 y 151 numeral 14 del C/CA, en virtud de los cuales, en su orden y en lo pertinente, "Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código"; determinándose por consecuencia, en aquel numeral 14, que los tribunales administrativos conocen en única instancia,

> "Del control inmediato de legalidad de los actos de carácter general que sean proferidos en ejercicio de la función administrativa durante los Estados de Excepción y como desarrollo de los decretos legislativos que fueren dictados por autoridades territoriales departamentales y municipales, cuya competencia corresponderá al tribunal del lugar donde se expidan".

ANTECEDENTES

- El 11 de marzo último, la OMS (Organización Mundial de la Salud) declaró como pandemia la patología denominada coronavirus (Covid-19), la que tuvo lugar en la república de la China (Wuhuan), y empezó a extenderse por los países del orbe.

- Con Resolución Nº 385 de 12 de marzo de este mismo año 2020, el Ministerio de Salud y de la Protección Social declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio de la Nación, la que se prolongaría hasta el treinta (30) de mayo también de 2020. En dicha resolución ministerial, se dispuso que los jefes y representantes legales de las entidades públicas y privadas adoptaran las medidas de prevención y control que evitaran la propagación de la mencionada y desconocida enfermedad.

- Con el decreto municipal allegado, el señor Alcalde de Manizales dispuso lo siguiente:

DECRETO Nº 0380 de 8 de mayo de 2020: "POR EL CUAL SE IMPARTEN ORDENES E INSTRUCCIONES PARA LA DEBIDA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE AISLAMIENTO OBLIGATORIO ORDENADO MEDIANTE DECRETO NACIONAL".

Con este acto administrativo, el mandatario local estableció las siguientes medidas:

> **"Artículo 1º. Objeto.** El objeto del presente Decreto es impartir órdenes e instrucciones en el Municipio de Manizales durante el periodo de duración del aislamiento preventivo obligatorio ordenado por el Gobierno Nacional a través del Decreto Nacional Nro. 636 del 6 de mayo de 2020.
>
> **Artículo 2º.** Limitar la circulación de personas en el Municipio de Manizales, conforme la medida de aislamiento preventivo obligatorio ordenado en el Decreto Nacional Nro. 636 del 6 de mayo de 2020, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 11 de mayo de 2020, hasta las las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de mayo de 2020 teniendo en cuenta las excepciones allí contempladas.
>
> Para las excepciones establecidas en los numerales 2, 3, 41 y 43 del artículo 3º de la norma ibídem, para garantizar la movilización de personas de manera regulada, se estará a los dispuesto en el presente acto administrativo.

Artículo 3º. Se permite la movilización de personas en los casos establecidos en los numerales 2 y 3, del artículo 3º del Decreto Nacional Nro. 636 del 6 de mayo de 2020 en los siguientes días, teniendo en cuenta el último dígito del número de cédula de ciudadanía, pasaporte, cédula de extranjería o documento extranjero, así:

DÍAS	**ÚLTIMO DÍGITO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD**
LUNES	0 y 1
MARTES	2 y 3
MIÉRCOLES	4 y 5
JUEVES	6 y 7
VIERNES	8 y 9
SÁBADO	POBLACIÓN RURAL
DOMINGO	

Parágrafo 1: El productor agrario de la zona rural podrá abastecerse el día que salga a comercializar sus productos. La condición de productor se acreditará con el certificado que para el efecto disponga el comandante de policía de su jurisdicción.

Parágrafo 2: La población rural en su desplazamiento los fines de semana solo podrá abastecerse y se identificarán con el medio que para el efecto entregue la Policía en los accesos a la ciudad.

Parágrafo 3: Quedan exceptuados del pico y cédula el personal médico y del sector salud, quienes no tendrán limitaciones para realizar las actividades de que trata el presente artículo.

Artículo 4º. Para las excepciones establecidas en los numerales 2, 3, 41 y 43, del artículo 3º del Decreto 636 de 2020, se establecen los siguientes horarios:

1. Tendrán un horario de atención presencial desde las cinco (05:00) a.m. hasta las dos (02:00) P.M., las actividades de:

    a) Los establecimientos de comercio donde se ejerza la actividad económica de tiendas simples, tiendas mixtas, misceláneas, panaderías, cafeterías, establecimientos de comercio destinados a la venta de frutas y verduras, supermercados y similares.
    b) Desplazamiento a servicios bancarios, financieros y de operadores de pago, compra y venta de divisas, operaciones de juegos de suerte y azar en la modalidad de novedosos y territoriales de apuestas permanentes, chance y lotería, y a servicios notariales y de registro de instrumentos públicos.

2. Para el funcionamiento de comisarías de familia e inspecciones de Policía se tendrá un horario de atención al público desde las siete (07:00) a.m. hasta las tres (03:00) p.m.

3. Se tendrá un horario desde las cinco (05:00) a.m. hasta las siete (07:00) a.m., el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de personas que se encuentren en el rango de edad de 18 años a 60 años, por un periodo máximo de una (1) hora diaria en un radio no superior a un (1) kilómetro de su lugar de residencia, así:

DÍAS	ÚLTIMO DÍGITO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD
LUNES	0 y 1
MARTES	2 y 3
MIÉRCOLES	4 y 5
JUEVES	6 y 7
VIERNES	8 y 9
SÁBADOS Y DOMINGOS	POBLACIÓN RURAL

Esta restricción no aplica al personal médico y del sector salud, quienes podrán realizar las actividades físicas y de ejercicio al aire libre sin limitación alguna.

4. Los niños mayores de 6 años podrán salir a realizar actividades físicas y de ejercicio al aire libre por un periodo máximo de treinta (30) minutos diarios, en un radio no superior a dos (2) cuadras a la redonda, de acuerdo al pico y cédula del acudiente.

Parágrafo 1º. Las personas que desarrollen las actividades descritas en el presente artículo, deberán cumplir con los protocolos de bioseguridad establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social contenidos en la Resolución 666 del 24 de abril de 2020 y de aquellas que la modifiquen, complementen, deroguen o la sustituyan, así como las instrucciones impartidas para evitar la propagación del virus COVID-19 se adopten o expidan los diferentes Ministerios y entidades del orden Nacional y Territorial. Adicional a lo anterior, el sector de la Construcción deberá cumplir con lo establecido en la Circular Conjunta No. 001 del 11 de abril de 2020 y de aquellas que la modifiquen, complementen, deroguen o la sustituyan, suscrita ante los Ministerios de Vivienda, Ciudad y Territorio, Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Salud y Protección Social, así como los demás lineamientos que sean emitidos por el orden Nacional, Departamental y/o Municipal.

Parágrafo 2º. Los ciudadanos deberán portar su documento de identidad original para verificar que la cédula de ciudadanía, pasaporte, cédula de extranjería o documento extranjero corresponda al día señalado. **SOLO SE PERMITE UNA PERSONA POR NÚCLEO FAMILIAR.**

Parágrafo 3º. Los establecimientos, públicos y privados, deberán exigir la cédula de ciudadanía, pasaporte, cédula de extranjería o documento extranjero y el cumplimiento de las medidas sanitarias adoptadas por el gobierno nacional y local,

tales como el uso de tapabocas, desinfectar las manos de los ciudadanos que ingresen a sus instalaciones y delimitar fuera del establecimiento líneas de 2 metros de distancia entre cada ciudadano.

Parágrafo 4º. Los supermercados y establecimientos de venta de insumos de primera necesidad, deberán limitar la compra excesiva de alimentos e insumos que pudieran generar desabastecimiento de los productos básicos de la canasta familiar.

Artículo 5º. Se conmina a todos los establecimientos de comercio a utilizar las herramientas tecnológicas y/o el servicio a domicilio.

Artículo 6º. El personal habilitado para laborar conforme al Decreto 636 de 2020 deberá identificarse con carta laboral, emitida por el empleador con base de datos entregados a la policía por parte de los gremios.

Artículo 7º. Teletrabajo y trabajo en casa. Durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Coronavirus COVID-19, las entidades del sector público y privado procurarán que sus empleados o contratistas cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, desarrollen las funciones y obligaciones bajo las modalidades de teletrabajo, trabajo en casa u otras similares.

Artículo 8º. Bajo ninguna índole personal o cultural, podrá impedirse, obstruir o restringir el pleno ejercicio de los derechos del personal médico y demás vinculados con la prestación del servicio de salud, ni podrán ejercerse actos de discriminación en su contra.

Artículo 9º. Inobservancia de las medidas. La violación e inobservancia de las medidas adoptadas mediante el presente acto administrativo dará lugar a las medidas correctivas policivas, administrativas y penales a que haya lugar, sin perjuicio de las demás responsabilidades pertinentes.

Artículo 10º. Vigencia. El presente decreto rige a partir de las cero (00:00 a.m.) del día 11 de mayo de 2020 y deroga las disposiciones que le sean contrarias."

Este decreto fue expedido en vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Gobierno Nacional a través del Decreto 637 de 6 de mayo de 2020, y se fundamentó en las siguientes disposiciones de rango constitucional y legal: artículo 315 de la Constitución; artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012; artículos 14 y 202 de la Ley 1801 de 2016; y Decreto Nacional 636 de 06 de mayo último.

En la parte motiva de tal acto administrativo, el Alcalde de Manizales se refirió a los fines del Estado, a la atención en salud y al saneamiento básico como servicios públicos a cargo del Estado, y a la atribución de los Alcaldes para dirigir la acción administrativa del municipio, consagrados en los artículos 2º, 49 y 315 de la Constitución, y a las recomendaciones realizadas por el Ministerio de Salud y Protección Social y por el Viceministro de Relaciones Laborales en punto a la implementación de medidas y planes de preparación para el conjurar el riesgo ocasionado por el Cronavirus COVID-19. Realizó, también, un recuento de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional desde que fue declarada pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Por último se refirió a las facultades otorgadas a los alcaldes y gobernadores en el artículo 14 de la Ley 1802 de 2016, en cuanto a la adopción de medidas transitorias de policía en situaciones extraordinarias, así como al Decreto Nacional 636 de 6 de mayo de 2020, que en su artículo 2º ordenó a dichos mandatarios acatar las instrucciones para la debida ejecución y aplicación del aislamiento preventivo obligatorio de todos los habitantes en el territorio nacional.

CONCEPTO
DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Judicial 29 para Asuntos Administrativos emitió concepto en el presente Control Inmediato de Legalidad /Archivo digital '4. MINISTERIO PÚBLICO CONCEPTO 2020-130 dto 380 Manizales'/, solicitando a la Sala de Decisión "INHIBIRSE o NO pronunciarse sobre la legalidad del Decreto 0380 de mayo de 2020 del Alcalde de Manizales, por cuanto, como se indicó escapan al control inmediato de legalidad al tenor del artículo 136 del CPACA, en virtud que este acto administrativo se fundamenta en las facultades ordinarias de policía administrativa que se ejercitan para desarrollar un decreto nacional expedido por fuera del término de la declaratoria de la Emergencia Económica, Social y Ecológica".

Previo a abordar el fundamento de su concepto, se refirió a la competencia de esta Corporación para conocer del Control Inmediato de Legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, así como al marco normativo y jurisprudencial de dicho medio de control, para concluir que los actos administrativos objeto de estudio no se deben confrontar con todo el ordenamiento jurídico nacional sino, exclusivamente, con respecto a los Decretos Legislativos expedidos en razón de la Declaratoria de la Emergencia Social, Económica y Ambiental; por tanto, consideró, los Decretos objeto de estudio no sólo fueron dictados en virtud de las facultades y

atribuciones de que gozan los alcaldes para el mantenimiento del orden público, sino que los mismos están fundados en los Decretos legislativos dictados por el Gobierno Nacional durante el Estado de Excepción, por lo que ameritan ser analizados en sede Control Inmediato de Legalidad.

Sobre el caso concreto refirió que los Decretos estudiados, además de estar suscritos por el señor Alcalde de Manizales, tienen las siguientes características:

> "(…)
>
> i) Encabezado en el cual se identifica claramente la autoridad que expide la norma, su número y fecha respetivos;
> ii) Epígrafe, esto es, un resumen de las materias reguladas;
> iii) Normas constitucionales y legales que fundamentan la competencia, haciéndose referencia expresa a las facultades que se ejercen;
> iv) Parte considerativa, en la cual se alude al contenido de las materias reguladas y las razones que justifican la expedición de la actuación;
> v) Parte resolutiva, con los artículos que contienen las decisiones y mandatos del acto administrativo dirigidos a la generalidad de los habitantes del municipio de Manizales; y,
> vi) Y finalmente, en esta norma se señala EXPRESAMENTE la fecha de su entrada en vigencia, esto es, las cero horas del día 11 de mayo de 2020 (…)".

Indicó el Ministerio Público que, además de los requisitos de forma, el acto administrativo objeto de estudio debe satisfacer unos requisitos de fondo tales como: a) que se trate de un acto de carácter general; b) que haya sido dictado en ejercicio de la función administrativa; y c) que tenga como fin desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos en los estados de excepción.

Acompasando tales requisitos con los decretos bajo examen, el Ministerio fiscal concluyó que "el Decreto 380 del 8 de mayo de 2020 del Alcalde de Manizales escapa al control inmediato de legalidad al tenor de las normas que regulan ese trámite, por cuanto desarrollan, en ejercicio de las facultades ordinarias que le asisten al alcalde municipal, el contenido de un decreto que, como se indicó no es legislativo y se profirió por fuera de los dos estados de excepción declarados por la pandemia generada por el COVID-19 y sin fundamento en éstos".

Recalcó, por último, que la decisión adoptada en el presente trámite hace tránsito a cosa juzgada relativa, puesto que cualquier ciudadano puede demandar a través del medio de control de nulidad simple la legalidad de los decretos, siempre y cuando se alegue la violación de normas diferentes a este Control Inmediato de Legalidad.

INTERVENCIÓN DEL
SEÑOR PERSONERO DE MANIZALES

Con memorial datado el 20 de mayo último, el Personero Municipal hizo su intervención en el presente Control Inmediato de Legalidad[1], para lo cual inició realizando una breve síntesis sobre las funciones y atribuciones de los Personeros municipales, prosiguiendo con un recuento de las medidas adoptadas tanto por el Gobierno Nacional como por la autoridad local en materia de prevención de la propagación del COVID-19.

Abordando el caso concreto, sostuvo que el Decreto Nº 0380 de mayo de 2020, fue desarrollado en el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y que las medidas allí adoptadas son "necesarias y acordes con la crisis ya identificada". Señaló que echa de menos que el Alcalde no haya dispuesto una directriz sobre el expendio de bebidas embriagantes en establecimientos públicos y espacios abiertos, y más aún cuando fue objeto de directriz por parte del Gobierno Nacional en el Decreto Nº 636 de 2020; sin embrago, recalcó que ello no afecta en modo alguno la legalidad del acto administrativo enjuiciado. Con todo, estimó que debe declararse la legalidad del decreto objeto de examen judicial.

CONSIDERACIONES
DE LA
SALA PLENA EN FUNCIÓN JUDICIAL

De conformidad con la competencia establecida en los artículos 151 y 184 de la Ley 1437 de 2011 para conocer en única instancia del Control Inmediato de Legalidad, procede la Sala Plena de Decisión a estudiar la legalidad del Decreto Nº 0380 de 8 de mayo de 2020, proferido por el señor Alcalde de Manizales, para lo cual se abordarán los siguientes aspectos: i) aspectos generales del Control Inmediato de Legalidad; ii) análisis de los requisitos formales y sustanciales de los actos administrativos objeto de estudio; y iii) análisis del caso concreto.

[1] Archivo digital 'INTERVENCIÓN PERSONERO MPIO MZLS decreto 380 de 2020'

I) ASPECTOS GENERALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD (CIL)

De este novedoso mecanismo que en la práctica solo se estrena ahora por la pandemia que afecta al mundo, y de manera específica a Colombia, se dio su implementación a partir de la Constitución de 1991, sin que dicho ordenamiento hubiese hecho mención sobre el particular -como tampoco lo había hecho la Carta Política de 1886-, de un control automático de los actos administrativos derivados de los Decretos de Estados de Excepción. Es del caso anotar aquí, como caso particular desde el punto de vista del derecho comparado que, en Francia, por ejemplo, los Decretos legislativos que dicta el ejecutivo en Estados de Excepción (en voz original, "estados de crisis") carecen de control judicial por parte del Tribunal Constitucional, no obstante las normas administrativas emitidas con fundamento en ellos sí son revisados por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos (Pierre PACTET, "*Institutions Politiques Droit Constitutionnel*", 9ª ed. Masson, Dorit Sciences Economiques; pp. 388-390), en lo que sí parece estar más avanzado nuestro país.

Ahora bien; por primera vez, la Ley 137 de 1994 que desarrolló los Estados de Excepción, estableció en su artículo 20 el mecanismo de control en comento:

> CONTROL DE LEGALIDAD. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, **tendrán un control inmediato de legalidad**, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.
>
> Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.

Ni el Decreto 01 de 1984, ni las normas que lo modificaron como la Ley 446 de 1998, se refirieron al tema en un Código Contencioso Administrativo, sino que lo vino a hacer la Ley 1437 de 2011 en su segunda parte, como mecanismo autónomo de control también de la actividad administrativa, pero tanto en cuanto fuera exclusivamente como consecuencia de los estados de excepción, y por cuyo ministerio:

> CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un **control inmediato de legalidad**, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.
>
> Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento.

Y no obstante que en las reglas específicas de competencia haber olvidado el legislador de la Ley 1437 asignarle esa atribución al Consejo de Estado (V. art. 149), sí lo hizo con respecto a los tribunales administrativos en el numeral 14 del artículo 151 ibídem, en virtud del cual estas corporaciones conocen en ÚNICA INSTANCIA,

> 14. **Del control inmediato de legalidad** de los actos de carácter general que sean proferidos en ejercicio de la función administrativa durante los Estados de Excepción y como desarrollo de los decretos legislativos que fueren dictados por las autoridades territoriales departamentales y municipales, cuya competencia corresponderá al Tribunal del lugar donde se expidan.

En este evento, como se puede deducir, no se requiere de una demanda con formalidad alguna, y es el único caso en que la jurisdicción contenciosa administrativa puede asumir "**de oficio**", el conocimiento de un asunto.

El Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha aludido a los rasgos de su **naturaleza, finalidad y características** del CIL, los que fueron traídos y reiterados en sentencia de once (11) de mayo del año en curso, proferida por la Sala Especial de Decisión Nº 10, con ponencia de la Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del expediente 11001-03-15-000-2020-00944-00, donde se expuso:

> "… El control inmediato de legalidad es el medio jurídico previsto en la ley estatutaria 137 de 1994[2] y en la ley 1437 de

[2] Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia.

> 2011[3], para examinar <<*las medidas de carácter general que sean dictadas*>> por las diferentes autoridades públicas, tanto del orden nacional, como territorial, en ejercicio de la función administrativa, para desarrollar o reglamentar los decretos legislativos proferidos durante los estados de excepción.

Esta Corporación[4] ha definido como características del control inmediato de legalidad las siguientes:

1. Es un verdadero proceso judicial, porque el artículo 20 de la Ley 137 de 1994[5] otorgó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para tramitar dicho mecanismo de escrutinio o revisión de las medidas de carácter general, expedidas por las autoridades públicas nacionales y territoriales, en ejercicio de la función administrativa, para desarrollar los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción. De ahí que la providencia que decida el control inmediato de legalidad es una sentencia judicial.

2. Es automático e inmediato, porque tan pronto se expide el correspondiente acto administrativo general para desarrollar los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, la autoridad pública de la cual emanó dicho acto, debe enviarlo a la jurisdicción contenciosa dentro de las 48 horas siguientes, para que se ejerza el control correspondiente, so pena de que la autoridad judicial competente asuma, de oficio, el conocimiento del asunto. Por lo tanto, ni siquiera es necesario que el acto se haya divulgado.

3. Es autónomo, porque es posible que se controlen los actos administrativos generales expedidos para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, antes de que la Corte Constitucional se pronuncie

[3] Código e Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
[4] Ver, entre muchas otras, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de enero de 2003, exp.2002-0949-01. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, del 7 de octubre de 2003, exp. 2003-00472-01, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, del 16 de junio de 2009, exp. 2009-0305-00, y del 9 de diciembre de 2009, exp. 2009-0732-''. M.P. Enrique Gil Botero.
[5] Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia.

sobre la constitucionalidad del decreto que declara el Estado de Excepción y de los decretos legislativos que expida el Presidente de la República para conjurarlo.

4. Es integral, por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad del acto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y con el propio decreto legislativo, la sujeción a las formas y a la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjugar la crisis e impedir la extensión de los efectos del estado de excepción. Es de aclarar, que aunque en principio, podría pensarse que el control integral supone que el acto administrativo general expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, se confronta frente a todo el ordenamiento jurídico, hay que tener en cuenta, que debido a la complejidad y extensión del ordenamiento jurídico, el control inmediato de legalidad queda circunscrito a las normas invocadas en la sentencia con la que culmina el proceso.

5. La Sala Plena del Consejo de Estado[6] ha dicho además, que el control es compatible con las acciones públicas de nulidad simple y nulidad por inconstitucionalidad, según sea el caso. De modo que el acto administrativo general expedido para desarrollar los decretos legislativos proferidos por el Gobierno Nacional durante los estados de Excepción, puede demandarse posteriormente en Nulidad simple o en Nulidad por inconstitucionalidad, siempre que se alegue la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad.

6. Es un control participativo, pues, los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la legalidad de los actos administrativos objeto de control.

7. La sentencia que decide el control inmediato de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa (artículo 189 del CPACA). En cuanto

[6] Ver, entre otras, las siguientes sentencias: (i) Del 7 de febrero de 2000; Expediente: CA-033. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. (ii) Del 20 de octubre de 2009, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente Nº 2009-00549. (iii) Del 9 de diciembre de 2009, M.P. Enrique Gil Botero, expediente Nº 2009-00732.

> a esta característica, esta Corporación ha dicho que los fallos que desestiman la nulidad de los actos objeto de control o que la decretan solo parcialmente respecto de algunos de sus preceptos, aunque tienen efectos *erga omnes*, esto es oponible a todos y contra todos, por otro lado, tiene la autoridad de cosa juzgada relativa, es decir, solo frente a los ítems de ilegalidad analizados y decididos en la sentencia. Entonces, la decisión adoptada en un fallo desestimatorio, en estos casos, en tanto se contrae a un estudio de legalidad limitado dado su carácter oficioso, ajeno a la naturaleza dispositiva del control judicial asignado a la justicia administrativa, no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción con normas superiores y –por lo mismo- no es óbice para que a futuro se produzca otro pronunciamiento, que verse sobre reproches distintos que puedan edificarse sobre la misma norma.
>
> …".

Una vez realizado el análisis general del mecanismo judicial Control Inmediato de legalidad, pasará esta Sala Especial de Decisión a analizar los presupuestos necesarios para determinar su procedencia respecto de los actos administrativos materia de estudio.

II) PRESUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Son elementos que caracterizan la **procedibilidad** de este mecanismo judicial:

i) Que se trate de medidas de carácter general, impersonal o abstracto;
ii) Que sean dictadas en ejercicio de función administrativa (actos administrativos)
iii) Que sean desarrollo de los Decretos legislativos de Estados de Excepción.

- **Que se trate de medidas de carácter general**

Repárese que el Decreto Nº 0380 limitó la circulación de personas en el municipio de Manizales conforme a la medida de aislamiento preventivo obligatorio, por lo que resulta claro que las medidas adoptadas por el Alcalde de Manizales en el Decreto que se revisan, son de carácter general y de naturaleza indeterminada, como se acaba de

dejar expuesto, lo que hacen que se cumpla con el primer elemento característico de la procedibilidad del Control Inmediato de Legalidad.

- **Que las medidas adoptadas sean dictadas en ejercicio de Función Administrativa**

En punto a este requisito, se debe empezar por definir lo que es FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, para deducir sí, en verdad, el jefe del ejecutivo municipal hizo ejercicio de la mencionada función. A grandes rasgos puede decirse que ella tiene una doble perspectiva: una orgánica y otra material.

De la primera (perspectiva orgánica) se puede aludir que la **función administrativa** es la que ejerce la administración pública, es decir, la rama ejecutiva del poder público; y desde el punto de vista material, son las encaminadas a la realización de los fines del Estado.

El ilustre tratadista Español don Eduardo García de Enterría esquemáticamente diferenciaba, por exclusión, que la función administrativa es lo que está por fuera de las funciones de legislar y juzgar. Existen desde luego multiplicidad de definiciones sobre la expresión.

El profesor también hispano D. Gabino Fraga en su obra DERECHO ADMINISTRATIVO[7], abordando el tema de la FUNCIÓN ADMINISTRATIVA expone que hay un grupo de doctrinantes que la define en relación con la finalidad que el Estado persigue al realizarla. Así, dice, "Berthélemy considera la función administrativa como la actividad del poder ejecutivo encaminada a la ejecución de la ley…"; "Hauriou es otro de los autores franceses que define la función administrativa en relación, entre otros elementos, al fin que persigue. Define la función administrativa diciendo que "tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la gestión administrativa".

Es mismo autor señala que los Alemanes conciben la función administrativa teniendo en cuenta la idea de "fin": Otto Mayer dice que "la administración es la actividad del

[7] Editorial Porrúa S.A., 32ª ed. 1993.

Estado para la realización de sus fines y bajo un orden jurídico...”; Para Jellinek, “las funciones materiales resultan de la relación existente entre la actividad del Estado y los fines del Estado. En razón del fin jurídico del Estado, una parte de su actividad tiende al establecimiento y a la protección del derecho; esta parte de su actividad se separa de las funciones que tienen por fin afirmar la fuerza del Estado y favorecer la civilización…la administración realiza tareas concretas obedeciendo al impulso dado por las reglas jurídicas”

En nuestra legislación nacional, el artículo 209 constitucional consigna que “La función administrativa está al servicio de los intereses generales”; mientras que el artículo 2º ibídem pregona que,

> “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
>
> Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

El mismo ordenamiento superior establece en el artículo 298 que, “Los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales…ejercen funciones administrativas…”; en tanto que el mandato 303 ibídem indica que, “En cada uno de los departamentos habrá un gobernador que será jefe de la administración seccional…”.

El artículo 311 constitucional, a su turno, señala que “Al municipio como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignan la Constitución y las leyes”, al paso que el artículo 314 dispone que “En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local…”.

Con todo lo expuesto, no cabe duda que constitucionalmente los Departamentos y municipios, son entidades que deben cumplir las funciones propias del Estado en sus respectivos territorios, y que sus mandatarios cumplen, por ende, tareas o funciones de índole administrativa, generalmente por medio de actos administrativos ("decisión ejecutoria" en voces de Jean Rivero), que de acuerdo a lo que se ha venido expresando, las declaraciones de voluntad administrativa local contenidas en los decretos remitidos por el burgomaestre de Manizales a esta jurisdicción especializada, desarrollan materias típicas de la función administrativa, razón por la cual cumplen con el segundo de los requisitos de procedibilidad contemplados en los artículos 20 de la Ley 137/94 y 136 del C/CA (Código de lo Contencioso Administrativo), esto es, fueron dictados "en ejercicio de función administrativa".

- **Que las medidas hayan sido adoptadas en desarrollo de los Decretos- legislativos de Estados de Excepción**

En lo que atañe al último requisito, es decir, que el acto que se revisa haya sido expedido **"como desarrollo de los (derechos) Decretos legislativos durante los Estados de Excepción".**

Los Estados de Excepción están previstos en los artículos 212 a 215 de la Carta Política. El primero alude al estado de guerra exterior (art. 212); el 213 contempla el Estado de conmoción interior, y el artículo 215 prevé el "Estado de Emergencia", en este evento, cuando se den hechos distintos al de repeler una agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y con el fin de procurar el restablecimiento de la normalidad; o por la grave perturbación del orden público que atente contra la estabilidad institucional y la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía; y aquellos cuando "perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública", habilitan al Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, para "declarar el estado de emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario".

El mismo mandato 215 señala en su inciso 2° que, "Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir

la extensión de sus efectos"; de igual modo, estipula su inciso 3º, en lo pertinente, que:

> "Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia…".

El Decreto del Estado de Emergencia

El señor Presidente de la República con fundamento en las potestades constitucionales y legales que le confieren los artículos 215 de la Constitución y la Ley 137 de 1994, expidió el Decreto Nº 637 de 6 de mayo de 2020, "Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional" por un lapso de 30 días calendario "contados a partir de la vigencia de este decreto" (art. 1º), y ordenando con su artículo 3º:

> "El Gobierno nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo"/Líneas no son del texto/.

Aquel Decreto 637 de Emergencia empezó a regir a partir de su "publicación", que lo fue el mismo día de su expedición, el 6 de mayo último, en el Diario Oficial de la Nación Nº 51.306.

Habrá que decirse, que el decreto objeto de estudio no menciona en su parte motiva el ya referido Decreto Nº 637 de 2020, no obstante que en su parte considerativa sí refiere, no sólo Decretos Legislativos, sino que además menciona a modo de antecedente el Decreto de Emergencia; entonces, la Sala se pregunta:

- ***¿Constituye obligación infranqueable para el operador de la función administrativa, invocar en su acto un Decreto de Estado de Excepción (aspecto formal), para poder así determinar que fue expedido con fundamento en dicho Estado excepcional?***

O,

- ***¿Será suficiente el análisis del acto sometido a Control Inmediato de Legalidad y su confrontación material con el Decreto Legislativo que supuestamente le sirve de causa?***

Todo acto de autoridad pública tiene unos requisitos o elementos esenciales para su existencia, validez y eficacia.

El renombrado tratadista francés, Decano honorario de la facultad de Derecho de la Universidad de París II, alude en su obra DERECHO ADMINISTRATIVO[8], que la "decisión ejecutoria" (entiéndase acto administrativo) tiene unos elementos de naturaleza "formal" y unos elementos de naturaleza "material", correspondiendo a los primeros la COMPETENCIA (poder del autor o autores de la decisión) y las FORMAS (procedimiento según el cual se adopta la decisión). Los de naturaleza MATERIAL dice que son los MOTIVOS O CAUSA de la decisión (elementos de hecho o de derecho a los cuales debe responder la decisión); el OBJETO (contenido de la decisión), y el FIN (el interés público). Prosigue el eximio jurista señalando que, "normalmente las decisiones ejecutorias son EXPRESAS y en forma ESCRITA", y también reconoce que "pueden existir decisiones ejecutorias en FORMA VERBAL"; y que igualmente existen "DECISIONES IMPLÍCITAS que resultan del silencia de la Administración.

En cuanto a la eficacia alude a la PUBLICIDAD, entendiendo por ésta "la operación mediante la cual las decisiones ejecutorias se ponen en conocimiento de los interesados" y "determina en cierta medida el momento de entrada en vigor de la decisión ejecutoria (pp. 157-158), al tiempo que menciona que la publicación es de índole IMPERSONAL, mientras que la NOTIFICACIÓN "es una forma de publicidad PERSONAL; y que, "en principio, la publicación se aplica a los actos reglamentarios; la notificación, a los actos no reglamentarios"

El doctrinante español, Letrado del Consejo de Estado JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS en la segunda edición de su libro LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS[9], aborda el tema de los requisitos de los actos administrativos, y haciendo el parangón de lo que sobre el particular exponen varios doctrinantes (FORTI, ZANOBINI, FRAGOLA, FERNÁNDEZ DE VELASCO, AGUSTÍN GORDILLO, CASSAGNE, VILLAR PALASÍ, FERNANDO GARRIDO FALLA, etc.), acoge también al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ya mencionado en otro apartado de esta providencia, de quien dice, distingue los siguientes elementos esenciales (requisitos) del acto administrativo:

[8] Biblioteca Jurídica Aguilar, traducción de la 6ª edición francesa, 1980. p. 154.
[9] Editorial CIVITAS S.A., 1986.

a) Elementos subjetivos (Administración, órgano, competencia, investidura del titular del órgano)
b) Elementos objetivos (presupuesto de hecho, objeto, causa, fin)
c) Formales (procedimiento, forma de la declaración)

En lo que atañe de manera específica a la mención del fundamento jurídico, el mismo autor GARCÍA-TREVIJANO FOS expone que en la forma de los actos hay que distinguir la "forma externa de la declaración", y "el *iter* que ha conducido a su emanación", y razona:

> "Se ha hablado así de formas internas y externas. La forma de los actos jurídicos, y el formalismo en general, fue predicable de las sociedades primitivas y poco avanzadas. En el antiguo derecho romano las manifestaciones formales ocupan un lugar preponderante, es la etapa de las formas simbólicas, que va cediendo paulatinamente a medida que el derecho se va haciendo más popular. Las antiguas formas sagradas, guardadas celosamente, se superan con la publicación de las fórmulas. En realidad, las formas simbólicas se remontan a la época en que el derecho se confunde con la fantasía; por ello a medida que la reflexión extiende su imperio -dice SAVIGNY- estas formas pierden gran parte de su interés, llegando a su total abandono.
>
> Surgen entonces, como superación del extremo formalismo, continúa, la redacción escrita de los actos y principalmente la comparecencia de las partes ante un tribunal, notarios o empleados encargados de llevar el registro de los mismos…".

Se han traído los anteriores esbozos doctrinarios para señalar, que si bien la cita de la norma jurídica en el encabezamiento del acto administrativo (así como el nombre de la entidad, la investidura de quien lo profiere, la fecha) hace que externamente se informe a los destinatarios de elementos formales como la competencia, la verdad es que su ausencia no incide en la existencia y validez de la actuación, pues en sentir de esta Sala constituye una simple irregularidad, y por lo mismo no conlleva vicio que por ello pueda hacer írrito el acto, y de aceptarlo, se incurriría en la exigencia del exceso de formas, haciendo a un lado la importancia del aspecto material o contenido del

acto, máxime cuando la norma jurídica no lo exige, y por contera, se daría aplicación al artículo 228 de la Carta Política.

En este orden, repárese por ejemplo en la primera parte de la Ley 1437 de 2011, artículos 42 a 45, que no existe regla jurídica alguna que ubique como requisito sustancial de los actos administrativos el señalar las normas de competencia para expedir el acto; y si se remonta esta Sala Colectiva de Decisión a lo que establece como causales de la nulidad de los actos administrativos previstos en el artículo 137 ibídem, la misma procederá, en lo que es del caso, "cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse", o "en forma irregular". Sobre la primera causal es de fácil entendimiento que hace referencia a la violación de norma superior a la cual debía sujetarse la declaración (que no lo es la ausencia de mención de una norma que fundamenta el acto); y la expedición irregular, corresponde a que no se haya atendido a las formas sustanciales y no a las meras o simples formalidades, como lo sería aquella omisión.

En fin; se le dio curso al CIL para detectar, al momento de dictar sentencia, si la sola circunstancia de no haberse indicado ni en el encabezamiento ni en el cuerpo de los actos sub-exámine la norma con base en la cual se expidieron (en este caso el Decreto Legislativo de Estado de Excepción), sustraía al juez de conocer de esa voluntad de la administración.

La respuesta es negativa, porque el operador de justicia debe atenerse, se itera, a la materialidad del acto y confrontarlo con el acto legislativo que regula la materia, y ahí sí determinar si fue expedido o no con base en él, razón por la cual se atenderá a los criterios recogidos por el H. Consejo de Estado en auto de 22 de abril de 2020[10], a fin de establecer si los decretos que sirvieron de sustento para la expedición de los actos administrativos objeto de análisis, son verdaderos decretos legislativos:

> "En este punto se resalta que, tanto los decretos que declaran los estados de excepción, entre ellos el estado de emergencia (?), como aquellos que concretan las medidas legislativas para remediarlos, son decretos legislativos[11], los cuales comparten las siguientes **características generales**:

[10] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C. P: William Hernández Gómez. Auto de 22 de abril de 2020. Radicación: 11001-03-15-000-2020-01213-00(CA)A.
[11] Cfr. C. Const., Sent. C-802, oct. 2/2002.

- ***En cuanto a su forma***

  (i) Deben llevar la firma del presidente de la República y de los ministros de su Gabinete.

  (ii) Han de ser motivados, con la expresión de las razones de hecho y de derecho por las cuales se hace la declaratoria respectiva o por las que se adoptan las medidas que la desarrollan. Esos motivos deben guardar correspondencia con los supuestos previstos en la Constitución para la declaración de cada estado de excepción y con las causas concretas que lo originaron.

- ***Respecto de su contenido sustancial***

  Aquí es necesario distinguir entre el decreto que declara el estado de excepción de los expedidos con fundamento en dicha declaratoria. Podemos distinguirlos así:

  (i) En el decreto legislativo que declara la conmoción interior o la emergencia económica, social y ecológica se debe fijar el tiempo de duración, que podrá ser por períodos de treinta días, los cuales, sumados, no podrán exceder de noventa en el año calendario.

  (ii) Los decretos legislativos dictados con fundamento en el estado de excepción que haya sido declarado, deben circunscribirse a las medidas estrictamente necesarias para afrontar y superar la crisis. Igualmente, estas últimas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos y no pueden implicar la suspensión de los derechos humanos ni de las libertades fundamentales, y, en todo caso, deberán respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

- ***En lo relativo a su control***

  Los decretos legislativos están sujetos a los siguientes controles:

(i) Al judicial de la Corte Constitucional, mediante el control automático, que obliga al Gobierno Nacional a enviarlos a dicha Corporación, al día siguiente de su expedición, y si el Gobierno no cumpliere con ese deber, aquélla aprehenderá de oficio y de forma inmediata su conocimiento.

(ii) Al político del Congreso, que puede hacerse efectivo a través de juicio de responsabilidad por cualquier abuso que los miembros del Gobierno cometan en el ejercicio de las facultades respectivas, y a través de la atribución que esa Corporación tiene para modificar o derogar en cualquier época las medidas tomadas mediante los decretos legislativos.

Por su parte, las **características específicas** de los decretos legislativos expedidos en el marco del estado de emergencia económica, social o ecológica son las siguientes:

(i) Pueden derogar, adicionar o modificar las leyes que sean pertinentes y en consecuencia tienen los mismos efectos jurídicos de una ley, a diferencia de lo que ocurre con los decretos legislativos proferidos en los estados de guerra exterior y conmoción interior, que solo suspenden las leyes que sean contrarias a la situación excepcional que se presente.

(ii) Los decretos legislativos que desarrollan el estado de emergencia tienen una vigencia indefinida, esto es, pueden sobrepasar el término por el cual se declaró el estado de excepción. No obstante, si establecen nuevos tributos o modifican los impuestos existentes, las medidas respectivas regirán solo hasta el vencimiento de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso las convierta en permanentes.

(iii) Pueden ser derogados, modificados o adicionados por el Congreso, pero la oportunidad para ello depende de si la iniciativa legislativa es exclusiva del Gobierno Nacional, o no. Las variables son las siguientes: (a) En aquellas materias que son de iniciativa legislativa del presidente, la derogación,

> modificación o adición de los decretos legislativos de emergencia, por parte del Congreso, solo es posible durante el año siguiente a la declaración de emergencia. (b) En las materias que los congresistas pueden tener iniciativa legislativa, el Congreso podrá ejercer en todo tiempo dicha facultad.
>
> iv) Finalmente, estos decretos legislativos están sujetos a la prohibición de no desmejorar los derechos sociales de los trabajadores."

Una vez realizada la anterior precisión se analizará el contenido de cada uno de los Decretos objeto de estudio en el presente Control Inmediato de Legalidad.

- **EL DECRETO Nº 0380 DE 8 DE MAYO DE 2020**

Repárese que el Decreto Nº 0380, con el cual se limitó la circulación de personas en el municipio de Manizales conforme a la medida de aislamiento preventivo obligatorio, mencionó en su parte motiva el Decreto 636 de mayo último, al paso que en la parte considerativa se refirió a los Decretos 412, 418 y 636 de 2020, razón por la cual habrá de analizarse si estos atienden a los criterios descritos en la jurisprudencia previamente trasuntada, y determinar, así, la procedencia o no de su análisis de fondo a través del Control Inmediato de Legalidad.

- **Decreto Nº 412 de 16 de marzo de 2020:** "Por el cual se dictan normas para la conservación del orden público, la salud pública y se dictan otras disposiciones". Este Decreto fue firmado por el Presidente de la República y **4 de sus ministros**, y fue dictado "en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016".

- **Decreto Nº 418 de 18 de marzo de 2020** "Por el cual se dictan medidas transitorias para expedir normas en materia de orden público". Este Decreto fue expedido por el Presidente de la República "en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo

199 de la Ley 1801 de 2016", y está signado por el Máximo Mandatario nacional y por **dos de sus ministros**.

- **Decreto Nº 636 de 6 de mayo de 2020:** "Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público". Este Decreto fue firmado por el Presidente de la República, **14 de sus ministros y por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública**, y fue dictado "en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, los artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016".

Tiénese, por modo, que ninguno de los Decretos referidos tuvo como fundamento el decreto con el cual fue declarado el Estado de Excepción, ni desarrolló medidas autorizadas por alguno de sus Decretos legislativos; sumado a ello, ninguno tiene la firma de la totalidad de los ministros que componen el gabinete ministerial, por lo que debe declararse la improcedencia del Control Inmediato de Legalidad, como en efecto se decidirá, al haber sido expedido en ejercicio de actividad de policía administrativa de control del orden público.

Empero todo lo expuesto, el decreto municipal del que ha dado cuenta esta providencia, es igualmente pasible de ser demandado a través de la acción de nulidad contemplada en el artículo 137 del C/CA, mismo que también será remitido al señor Gobernador del Departamento para que, en ejercicio del control de tutela que ejerce frente a la municipalidades, proceda a revisar el acto administrativo (art. 305-10 de la Constitución)

Es por ello que el **Tribunal Administrativo de Caldas, en Sala Plena de Decisión en ejercicio de función jurisdiccional, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,** visto el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA

DECLÁRASE la improcedencia del Control Inmediato de Legalidad, con respecto al Decreto Nº 0380 de 8 de mayo del año en curso, dictado por el señor Alcalde de Manizales.

EJECUTORIADA esta sentencia, COMUNÍQUESE a los señores Alcalde de Manizales y Gobernador de Caldas, **y ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones que sean del caso en el programa Justicia Siglo XXI**.**

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE

Discutido y aprobado en Sala Plena de Decisión realizada en la fecha según acta N° 040 de 2020

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 de fecha 18 de Agosto de 2020.

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

Manizales,

_____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 207

Asunto:	**Resuelve solicitud de medida cautelar**
Medio de control:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Radicación:	**17001-23-33-000-2016-00619-00**
Demandante:	**Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección social - UGPP**
Demandado:	**Alberto Flórez Gallego**

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Decide el Despacho sobre la solicitudes de medida cautelar (fls. 5 a 11, C.1), con fundamento en los artículos 229 y 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), y de acumulación de procesos (fl. 100, C.1), con fundamento en los artículos 165 *ibidem* y 148 del Código General del Proceso (en adelante CGP), presentadas por la parte demandante en el asunto de la referencia.

Así mismo, se decide acerca de la solicitud de terminación de la designación de curador *ad litem* presentada por el abogado Carlos Arturo Grajales Vasco.

ANTECEDENTES

La demanda

Mediante fallo de tutela del 12 de octubre de 2006 el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, ordenó reliquidar de forma definitiva la pensión de vejez del señor Alberto Flórez Gallego.

Cajanal dio cumplimiento a la orden de tutela, a través de la Resolución No. 40280 del 4 de septiembre de 2007, que fue modificada mediante Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014.

En atención a lo anterior la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP (en adelante UGPP), a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda en

contra del señor Alberto Flórez Gallego, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución RDP 011426 del 7 de abril de 2014, con la cual se modificó y adicionó la Resolución AMB 40280 del 4 de septiembre de 2007, incluyendo el 100% de la bonificación por servicios.

Como consecuencia, la entidad accionante solicitó condenar al demandado a reintegrar la totalidad de lo recibido en virtud de la reliquidación de la pensión de vejez.

Solicitud de medida cautelar

El demandante solicitó ordenar la suspensión provisional de la Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014 (fl. 9 reverso, C.1).

Argumentó que incluir el 100% de la bonificación por servicios es contrario a las normas superiores y el precedente jurisprudencial, ya que este factor salarial se liquida en una doceava parte, en consideración a que su pago se realiza de manera anual.

Admisión de la demanda

Por auto del 6 de febrero de 2017, este Despacho admitió la demanda de la referencia (fls. 80 a 81, C.1)

Respuesta frente a la solicitud de medida cautelar

Dentro del término concedido Carlos Arturo Grajales Vasco como curador *ad litem* del señor Alberto Flórez Gallego, se pronunció sobre la solicitud de medida cautelar elevada por la entidad accionante en los siguientes términos (fls. 158 a 161, C.1).

Sostuvo que todas las providencias de los jueces constitucionales son decisiones eficaces; en este sentido los fallos de tutela ponen efectivamente fin al caso sometido a conocimiento judicial, cerrando su actuación en el mismo al reconocer los derechos o razones de una de las partes, obligando a la otra a cumplir tal declaración.

Expresó que una vez en firme la resolución judicial definitiva –fallo de tutela– que ordenó el reconocimiento de lo reclamado por el accionante y de sus derechos fundamentales, se produce la situación de cosa juzgada que significa que el mismo caso no puede ser juzgado nuevamente.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pasa el Despacho a determinar si en el presente asunto se cumplen los presupuestos normativos y fácticos para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos demandados.

De las medidas cautelares en el CPACA

El artículo 229 del CPACA, en lo que concierne a la procedencia de las medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos, dispone:

> *En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.*

Instituye igualmente el inciso 2º del mismo artículo, que la decisión que allí se adopte no implica prejuzgamiento, en tanto que en el parágrafo único determina:

> *Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.*

De lo anterior se pueden extractar los siguientes elementos configurativos de las medidas cautelares:

i) Regla general: proceden en todos los procesos declarativos.
ii) Finalidad: garantizar de manera provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
iii) Sistema: "dispositivo" (a instancia de parte). "mixto" (en acciones populares y de tutela, a instancia de parte u oficiosamente).
iv) Requisito especial: sustentarla debidamente.
v) Oportunidad para decretarla: en cualquier estado del proceso, incluso antes de notificar el auto admisorio de la demanda.
vi) Providencia que la decreta: auto motivado separado.
vii) Naturaleza de la decisión: no significa prejuzgamiento.

La suspensión provisional de un acto administrativo

La fuente constitucional de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es el artículo 238 de la Carta que faculta a esta jurisdicción especializada para "(…) *suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial"*.

El artículo 230 del CPACA, prevé que las medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión; así mismo, en su numeral tercero establece como uno de los mecanismos para materializarlas, el de *"suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo"*, disposición que constituye tanto una medida de suspensión como preventiva.

Por su parte, el artículo 231 de la norma en cita, establece cuáles son los requisitos para decretar las medidas cautelares, así:

> *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos*.
>
> *En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos:*
>
> *1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
>
> *2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
>
> *3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
>
> *4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
>
> *a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
>
> *b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

Como se expone, las medidas cautelares serán procedentes cuando **i)** la demanda esté razonablemente fundada en derecho; **ii)** el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; **iii)** se hayan presentado los documentos, la información, los argumentos y las justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; **iv)** sea para evitar un perjuicio irremediable y **v)** porque de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Por esas razones, los criterios que deben orientar la decisión del juzgador a la hora de proferir la decisión acerca de una medida cautelar, que comporta la protección de un derecho en el marco de un proceso judicial, debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico, así como que la medida decretada sea idónea, necesaria y proporcional para que resulte menos lesiva de los intereses contrapuestos, al tiempo que deberá establecerse su justificación cuando se trate de la protección de un derecho en circunstancias de amenaza.[1]

Examen del caso concreto

Afirmó la UGPP que al demandado no le asiste derecho a que su pensión de vejez sea liquidada teniendo en cuenta como un factor salarial el 100% de la bonificación por servicios, y al contrario debe ser liquidado como un factor salarial mensual.

Como fundamento jurisprudencial de lo anterior y de la suspensión provisional que solicita, invocó la sentencia C-539 de 2011 referida al precedente jurisprudencial en la resolución de peticiones y expedición de actos administrativos relativos a pensiones, salarios, prestaciones sociales y ciertos daños. Del mismo modo, citó como desconocido el precedente del Consejo de Estado en referencia con el factor de bonificación de servicios para la liquidación pensional contenido en radicados 05001-23-31-000-2010-00323-01 (2117-12), 25000-23-25-000-2010-01208-01 (0815-13), 25000-23-25-000-2000-7797-01 (5648-02) y 15001-23-31-000-2004-01074-01 (0427-08).

Como normas infringidas con la actuación administrativa demandada invocó la accionante los artículos 96, 114 de la Ley 32 de 1986; el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003; los artículos 1, 45, 46 y 47 del Decreto 1042 de 1978; los

1 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub Sección "C", auto de 13 de mayo de 2015, expediente 53057; M.P. Jaime Orlando Santofimio G.

artículos 1, 6 y 12, del Decreto 10 de 1989; el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y los artículo 11 y 15 del Decreto 446 de 1994.

El Consejo de Estado ha sostenido que en lo que se refiere a la suspensión provisional de los actos administrativos, el CPACA introdujo una modificación sustancial, en tanto prescindió de la expresión *"manifiesta infracción"* a la cual hacía alusión el Código Contencioso Administrativo – CCA, y en su lugar dispuso que dicha medida cautelar procedía cuando la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud respectiva, surgiera del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. En otras palabras, con el CPACA se habilitó al Juez para realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino uno en el que puede apreciar las pruebas aportadas con tal fin.

En ese sentido, *"(…) la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud."*[2].

Ahora bien, la Alta Corporación también ha precisado que lo anterior es así *"(…) lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento que de este primer momento del proceso; ya que, conforme lo estatuido por el artículo 229 CPACA en su inciso 2º, "[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento"*[3]. Acotó el Consejo de Estado que la transgresión de las normas superiores invocadas debe surgir *"(…) de manera ostensible, es decir, de la simple comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas allegadas con el libelo, sin necesidad de profundos razonamientos."*[4].

Descendiendo al caso concreto, en lo que respecta a la solicitud de suspensión provisional de la Resolución No. 011426 del 7 de abril de 2014, se tiene que la misma se origina específicamente en la inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados en la liquidación pensional del accionado.

---

[2] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala. Auto del 3 de diciembre de 2012. Radicado número: 11001-03-24-000-2012-00290-00.

[3] Al respecto, pueden consultarse las providencias del 30 de junio de 2016 (Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00369-00)) y del 29 de agosto de 2013 (Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00491-00(1973-12)), de las Secciones Primera y Segunda respectivamente, con ponencia de los Consejeros Guillermo Vargas Ayala y Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

[4] Al respecto, pueden consultarse las providencias del 7 de diciembre de 2016 (Radicación número: 11001-03-27-000-2014-00042-00(21171)) y del 29 de agosto de 2013 (Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00491-00(1973-12)), de las Secciones Cuarta y Segunda respectivamente, con ponencia de los Consejeros Hugo Fernando Bastidas Bárcenas (E) y Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

El mencionado artículo 231 del CPACA instituye la posibilidad de suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo, "(…) *por violación de las disposiciones invocadas en la demanda"*, por lo que se torna necesario acudir al artículo 96 de la Ley 32 de 1986[5], así como a los artículos 34 y 36 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 96 de la Ley 32 de 1986 prevé:

> *Artículo 96.Pensión de jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad.*

Por su parte, los artículos 34 y 36 de la Ley 100 de 1993 hacen referencia al monto de la pensión de vejez contemplada en el régimen de prima media con prestación definida y al régimen de transición, sin que se regule de forma especial en dichos preceptos el tema que ocupa la atención del Tribunal.

El Decreto Ley 1042 de 1978, por el cual se fijó el régimen salarial de los empleados del orden nacional (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales), creó la bonificación por servicios en los siguientes términos:

> ***ARTICULO*** (sic) ***45. DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS.*** *A partir de la expedición de este Decreto crease* (sic) *una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1o.*
>
> *Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1o., de este Decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.*
>
> *Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.*
>
> *La bonificación de que trata el presente artículo es independiente a la asignación básica y no será acumulativa.*

---

[5] *"Por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia"*.

El artículo 12 del Decreto 10 de 1989, con el cual se modificó el artículo 46 del Decreto Ley 1042 de 1978, estableció:

> *La bonificación por servicios prestados a que tienen derecho los empleados que trabajan en las entidades a que se refiere el artículo 1º de este Decreto, será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor conjunto de la asignación básica, los incrementos por antigüedad y los gastos de representación, que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, siempre que no devengue una remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación superior a cien mil setecientos cincuenta pesos ($100.750.00).*
>
> *Para los demás empleados, la bonificación por servicios prestados será equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de valor conjunto de los tres factores de salario señalados en el inciso anterior.*

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

> *ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren 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 jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
> *ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.*

En ese sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de febrero de 2014[6] señaló: *"(…) la estimación de la bonificación por servicios al momento del cálculo de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100% del valor percibido por ese concepto en consideración a que su pago se hace de manera anual y la* ***mesada*** *pensional se calcula con la proporción* ***mensual*** *de* ***"todos los factores salariales devengados en el último año"****."* (Negrilla y líneas son del texto).

De lo anterior, el Consejo de Estado concluye lo siguiente en la providencia referida:

- *La bonificación por servicios prestados constituye factor salarial para efectos pensionales.*
- *Se causa cada vez que el servidor cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial.*
- *El régimen especial permite la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año pero ello no quiere decir que su inclusión sea por el valor total porque el monto de la pensión se calcula en* ***"mesadas[7]".***
- *Una vez se determinan los factores salariales devengados en el último año se calcula el valor* ***mensual*** *de cada uno para así calcular el valor de la* ***"mesada pensional"*** (negrilla y líneas son del texto).

En este caso, y acudiendo a las pruebas aportadas, Cajanal en acatamiento de una orden judicial de amparo constitucional, incluyó dentro del valor de la mesada pensional todo lo devengado por el accionante durante el último año y después la UGPP en la Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014, que reliquidó la pensión del señor Alberto Florez Gallego, incluyó el 100% de la bonificación por servicios prestados.

En dicho acto se cometió un error en la interpretación de la norma, pues la bonificación por servicios prestados no debe liquidarse con el 100% de lo devengado durante el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sino que debe hacerse una operación para que ésta se fraccione con el número de mesadas, bien sea realizándola de manera mensual, semestral o anual (una sexta parte, en los que se causan en forma semestral o una doceava para los que se generan en forma anual) para fijar el monto de la mesada pensional.

Es indudable que el Decreto 1045 de 1978, como se expuso, incluyó como factor salarial la bonificación por servicios prestados para los empleados

---

[6] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente (E): Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia del 27 de febrero de 2014. Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00405-01(1896-13).

[7] Cita de cita: Porción de dinero u otra cosa que se da o paga todos los meses (Real Academia Española).

públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, en los términos de los artículos 45 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, exigible a partir del 1º de enero de 1997, la que según el inciso 2º de ese artículo 45, "(…) *se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial*", y en verdad, si se devenga anualmente, al irse causando mes por mes, se completa en el año.

Conclusión

En este orden de ideas, y siguiendo los parámetros definidos por el Consejo de Estado, es jurídicamente viable la suspensión provisional parcial de los efectos de la Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014, pues conforme a la ley y a la jurisprudencia, la bonificación por servicios prestados debe incluirse únicamente en una doceava parte. No obstante lo anterior, se aclara que será en la sentencia que cierre la instancia donde se decidirá en forma definitiva la legalidad de la providencia administrativa cuestionada.

Es preciso dejar claro que la suspensión sólo recae sobre los efectos económicos de incluir en el IBL el 100% de la bonificación por servicios prestados y no la doceava parte de la misma, por lo que la UGPP **no podrá**: **i)** dejar de pagar la pensión de jubilación reconocida a favor del accionado en cuantía equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales percibidos en dicho lapso en el monto establecido en la Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014; **ii)** eliminar completamente la bonificación por servicios prestados; **iii)** modificar los demás rubros de la liquidación; e **iv)** incorporar en nómina al accionado con otro acto administrativo que, salvo lo expuesto en relación con el 100% de la bonificación por servicios prestados y no la doceava parte de la misma, difiera de la liquidación hecha en la Resolución No. AMB 40280 del 4 de septiembre de 2007 y la Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014.

Los dineros que se dejen de pagar al señor Florez Gallego por causa de esta decisión, deberán ser depositados por la parte demandante en una cuenta especial, para que estén dispuestos a lo que se ordene en la sentencia definitiva.

No habrá lugar a asignar caución por ser una entidad pública la solicitante de la medida cautelar (parte final inciso 3º del artículo 232 del CPACA).

De la acumulación de procesos

Encontrándose el presente proceso a Despacho para el estudio de la solicitud de acumulación de procesos realizada por la apoderada judicial de la UGPP (fl. 100, C.1), este Despacho considera necesario requerir al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, por la Secretaría de este Tribunal, a fin de que aporte constancia del estado actual del proceso identificado con radicado No. 17001-33-33-001-2015-00150-00, con el objeto de constatar si en el proceso en mención no se ha fijado fecha para audiencia inicial, tal como lo exige el numeral tercero del artículo 148 del Código General del Proceso.

Del cargo de curador *ad litem*

Teniendo en cuenta que en el presente asunto se había designado como Curador *ad litem* del señor Alberto Flórez Gallego al abogado Carlos Arturo Grajales Vasco (fl. 154, C.1) y considerando el otorgamiento de poder efectuado por el demandado al referido mandatario judicial, se relevará al señor Carlos Arturo Grajales Vasco del cargo de curador *ad litem* y en su lugar se le reconocerá personería para actúe en calidad de apoderado del señor Alberto Flórez Gallego.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Primero. DECRÉTASE como medida provisional la suspensión parcial de los efectos jurídicos de la Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE liquidada, con la cual se modificó y adicionó la Resolución No. AMB 40280 del 4 de septiembre de 2007, dando cabal cumplimento a un fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales a favor de Albero Flórez Gallego, incluyendo en el IBL el 100% de la bonificación por servicios prestados y no la doceava parte.

La suspensión sólo recae sobre los efectos económicos de incluir en el IBL el 100% de la bonificación por servicios prestados y no la doceava parte de la misma, por lo que la UGPP no podrá: **i)** dejar de pagar la pensión de jubilación reconocida a favor del accionado en cuantía equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales percibidos en dicho lapso en el monto establecido en la Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014; **ii)** eliminar completamente la bonificación por servicios prestados; **iii)** modificar los demás rubros de la liquidación; e **iv)** incorporar en nómina al

accionado con otro acto administrativo que, salvo lo expuesto en relación con el 100% de la bonificación por servicios prestados y no la doceava parte de la misma, difiera de la liquidación hecha en la Resolución No. AMB 40280 del 4 de septiembre de 2007 y la Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014.

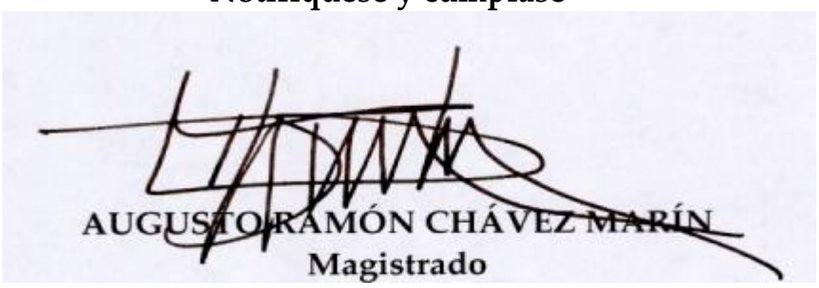
Segundo. ORDÉNASE a la entidad demandante depositar en una cuenta especial las sumas que por esta decisión se dejaren de pagar al demandado, hasta tanto haya pronunciamiento definitivo en sentencia debidamente ejecutoriada.

Tercero. A través de la Secretaría de este Tribunal Administrativo, **REQUIÉRASE** al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales para que aporte constancia del estado actual del proceso identificado con radicado No. 17001-33-33-001-2015-00150-00.

Cuarto. RELÉVASE al señor Carlos Arturo Grajales Vasco del cargo de curador *ad litem* del señor Alberto Florez Gallego.

Quinto. RECONÓCESE personería jurídica para actuar como apoderado judicial de la parte demandada, al abogado Carlos Arturo Grajales Vasco, identificado con cédula de ciudadanía número 10.236.720 de Manizales, para los fines del poder a él conferido, que obra a folio 165 del expediente.

Notifíquese y cúmplase



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 105
FECHA: 18 de agosto de 2020

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

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

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

RADICADO	**17001-23-33-000-2017-00330-00**
MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE	**SANDRA MILENA SUAZA MORENO**
DEMANDADO	**SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**

En el proceso de la referencia se había programado audiencia inicial para el día 1 de abril de 2020 a las 10:00 am; diligencia que no pudo ser llevada a cabo debido a la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de la Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a raíz de la situación presentada por el COVID-19.

Una vez reiniciado los términos judiciales a partir del 1° de julio del año en curso según el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, sería del caso señalar nueva fecha y hora para esa diligencia, sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 12 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del CGP, se hace necesario que Tribunal emita pronunciamiento sobre la excepción previa de caducidad que fue propuesta por la parte accionada.

ANTECEDENTES

La señora Sandra milena Suaza Moreno presentó demanda con la finalidad de que declara la nulidad del oficio nº2-2016-002965 del 12 de septiembre de 2016 por medio del cual se niega el reconocimiento de las prestaciones e indemnizaciones causados durante el tiempo que laboró para el Sena como instructora docente esto es entre el 28 de enero de 2010 y el 12 de diciembre de 2014. A título de restablecimiento del derecho solicita se le reconozcan las prestaciones e indemnizaciones antes relacionadas.

Al momento de contestar la demanda el SENA propuso varias excepciones[1], pero según sus argumentos la única que puede catalogarse de previa es la de caducidad, la cual fundamentó con el argumento que, entre el oficio que se demanda y la presentación de la demanda transcurrieron más de 4 meses.

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

De las excepciones propuestas se corrió traslado según documentos que reposan a folio 458-459 del expediente, y dentro del término legal se allegó memorial por la parte accionante mediante el cual se pronunció sobre los medios exceptivos propuestos. Sin embargo, al revisar los argumentos, no se evidencia alguno encaminado a controvertir la excepción de caducidad.

CONSIDERACIONES

El artículo 12 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 dispuso:

> *Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.*
>
> *Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los articulas 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.*
>
> *Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.*
>
> *La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez,*

[1] Inexistencia de la obligación laboral (prestaciones sociales) en favor de la excontratista Soledad López Montoya; cobro de lo no debido; genérica; caducidad de la acción y prescripción del derecho en materia laboral; presunción de legalidad de los contratos aportados como prueba suscritos entre Soledad López Montoya y Assbasalud ESE; y presunción de legalidad de las liquidaciones de los contratos aportados como prueba suscritos entre soledad López Montoya y Assbasalud ESE.

> *subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.*

Por lo anterior, y según lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, como la parte demandada no pidió la práctica de alguna prueba para probar la excepción, es procedente resolver la misma antes de reprogramar la audiencia inicial.

Frente al tema de la caducidad para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el literal d) del numeral 2) del artículo 164 del CPACA dispuso que *"la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales".*

Como se explicó, se pretende con el presente medio de control se declare la nulidad del oficio nº2-2016-002965 del 12 de septiembre de 2016, mediante el cual se negó el reconocimiento el reconocimiento de una relación laboral, el cual fue notificado el mismo 12 de septiembre de 2016 (fol. 16, C.1). así mismo se tiene que la demanda se radicó el 19 de diciembre de 2016, según el sello visible a folio 15 del expediente.

Lo reseñado permite afirmar que entre el día siguiente al de la fecha de notificación del acto administrativo (12 de septiembre de 2016) y la data en que se presentó la demanda (19 de diciembre de 2016) no transcurrió más de los cuatro meses que consagró el CPACA para radicar la demanda.

Ello significa que no hay lugar a declarar probada la excepción de caducidad del medio de control.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas

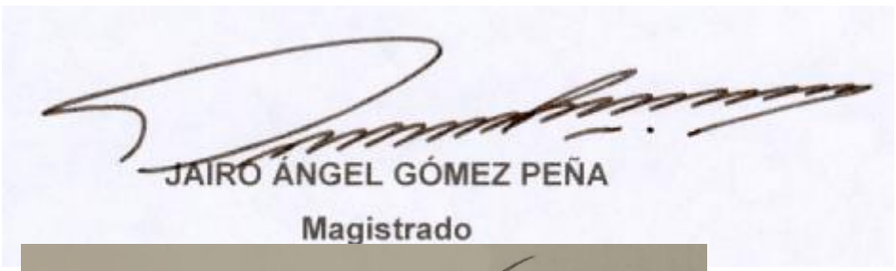
R E S U E L V E:

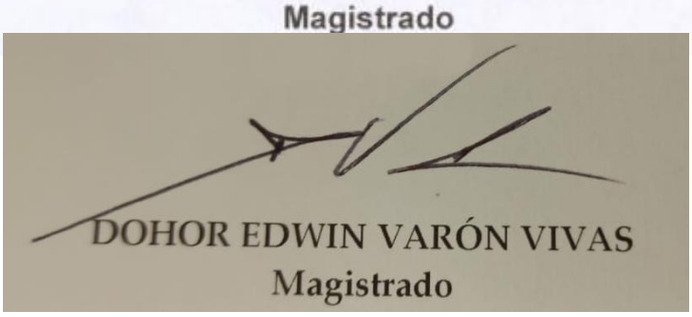
1. DECLARAR NO PROBADA la excepción de caducidad de la demanda que propuso **EL SENA** dentro del proceso de la referencia.

2. En firme este auto, regrese el expediente para continuar con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual celebrada el 13 de agosto de 2020 conforme Acta nº 039 de la misma fecha.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 208

Asunto:	**Vincula Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio**
Medio de control:	**Protección de los derechos e intereses colectivos**
Radicación:	**17001-23-33-000-2017-00524-00**
Accionantes:	**Andrés Felipe Morales Cárdenas**
Accionados:	**Corpocaldas, Municipio de Manizales, Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y Unidad Nacional de Gestión del Riesgo**
Vinculado:	**Empresa de Renovación Urbana de Manizales**

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Decide el Despacho sobre la solicitud radicada por el Municipio de Manizales el 15 de agosto de 2019, en la cual pide la vinculación del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio al presente trámite.

Sobre la solicitud de vinculación

El Municipio de Manizales señaló que debe vincularse al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio a la presente acción, por considerar que: (i) La Ley 388 de 1997 establece la jerarquización de las normas de carácter urbanístico; (ii) Los Macroproyectos son determinantes de los Planes de Ordenamiento Territorial - POT'S, y como tales son normas de superior jerarquía; (iii) La declaratoria de inexequibilidad del artículo 79 de la Ley 1151 de 2007 no tuvo efectos respecto del desarrollo del Macroproyecto San José; (iv) El Municipio de Manizales no puede satisfacer las pretensiones de la acción popular, debido a que el Macroproyecto San José está dirigido por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio; y (v) el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio es el competente para conocer sobre cualquier decisión judicial del Macroproyecto.

En consecuencia, la entidad solicitante manifiesta que las acciones urbanísticas de los municipios con respecto a los macroproyectos deben ser concertadas

con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, por ser la entidad del gobierno nacional encargada de la ejecución de tales macroproyectos.

Atendiendo los motivos expuestos por el Municipio de Manizales, observa el Despacho que es procedente la vinculación del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio al presente proceso, originado en el ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, como en efecto se decidirá.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Primero. VINCÚLASE al presente trámite al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

En consecuencia, **NOTIFÍQUESE** al Ministro Jonathan Malagón González o quien haga sus veces la presente demanda, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Segundo. CÓRRASE traslado de la demanda a la entidad vinculada por el término de diez (10) días siguientes a su notificación, durante los cuales podrá allegar pruebas o solicitar su práctica.

Tercero. Cumplido con lo anterior, **CONTINÚE** el trámite regular del proceso.

Notifíquese y cúmplase

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 105

FECHA: 18 de agosto de 2020

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

A.I. 140

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

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

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

RADICADO:	**17-001-23-33-000-2017-00580-00**
CLASE:	**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS**
ACCIONANTE:	**ÁNGELA JULIETH MENDOZA-GERMAN HUMBERTO GALLEGO**
ACCIONADA:	**UNIDAD NACIONAL DE GESTION DE RIESGO/MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y TERRRITORIO/MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO /DEPARTAMENTO DE CALDAS/MUNICIPIO DE MANIZALES**
VINCULADOS	**CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CALDAS / Y AGUAS DE MANIZALES**

Procede la Sala a pronunciarse sobre la solicitud de nulidad presentada por uno de los coadyuvantes contra la sentencia proferida por este Tribunal el 7 de febrero de 2020 dentro del proceso de la referencia.

En el escrito el coadyuvante manifiesta que se debe declarar la nulidad, toda vez que se dictó sentencia sin que se hubiera pronunciado el Tribunal sobre una solicitud de desacato frente a las medidas provisionales ordenadas por el Despacho del ponente; sumado a ello se solicita el decreto de otras medidas cautelares.

ANTECEDENTES

Los accionantes manifestaron que en la vereda Alto Tablazo se presenta un problema erosivo, con un constante derrumbamiento de una ladera la cual amenaza con desaparecer la vereda "Las Guacas".

Expresaron en el escrito de demanda, que debido a la etapa invernal padecida por la ciudad de Manizales en el año 2017, la cárcava aumentó sus dimensiones generando un mayor riesgo a los habitantes en general de la vereda Alta Tablazo, sin embargo a pesar

de las constantes denuncias del riesgo, la administración local solo realizó intervenciones parciales para mitigarlo.

Plasmaron los accionantes que debido al crecimiento de la cárcava, un número de habitantes de la verdad el Alto Tablazo debió desalojar las zonas contiguas a la ladera, teniendo que deshabitar sus casas, motivo por el cual la administración local los hizo participes de una serie de subsidios y kits que fueron entregados con el fin de no desprotegerlos debido a la urgente evacuación de la zona de deslizamiento; los demandantes señalaron que las personas evacuadas, padecían de una constante zozobra referente al destino de sus viviendas puesto a que no recibían información de la situación de la cárcava, y si la amenaza que generaba la misma podía ser o no mitigada.

Por último, indicaron que el deslizamiento que amenaza la integridad de las personas del sector, debía ser atendido no solo por la administración local, sino también por otros organismos, departamentales y nacionales, dispuestos para el tratamiento del tipo de amenazas que genera la cárcava de la vereda Alto Tablazo.

Dentro del proceso, el Despacho ordenó en forma cautelar tomar unas medidas provisionales, ordenándose mediante auto del 24 de enero de 2018, que por parte de Corpocaldas se hiciera un estudio geotécnico, a efectos de que se visualizara las obras que se requerían para minimizar el riesgo objeto de la demanda; así mismo se ordenó a las entidades demandadas hacer un monitoreo permanente en la zona a efectos de detectar tempranamente la reactivación del riesgo y coordinar las medidas urgentes, ordenándose a Corpocaldas actuar como coordinadora de estas tareas. Sobre estas mediadas debe la Sala señalar que de acuerdo a las respuestas dadas por las autoridades se evidencia que se vienen cumpliendo.

Estando el proceso para sentencia, unos coadyuvantes solicitaron abrir un incidente de desacato, pues consideraban que no se habían venido cumpliendo las medidas cautelares, además de solicitar que las mismas fueran ampliadas.

En fecha 7 de febrero del año en curso, se profirió la siguiente sentencia:

FALLA

PRIMERO: DECLARAR *No probadas las excepciones propuestas por el Municipio de Manizales, el Departamento de Caldas, el Ministerio del*

Medio Ambiente y Desarrollo, la Corporación Autónoma Regional de Caldas y la Unidad Nacional de Prevención del Riesgo.

***SEGUNDO: DECLARAR** Vulnerado el derecho colectivo a la prevención de desastres previsibles técnicamente, de la comunidad que reside en la zona de influencia del fenómeno conocido como la Cárcava del Alto Tablazo.*

***TERCERO: ORDENAR A LAS SIGUIENTES ENTIDADES:** el Municipio de Manizales, el Departamento de Caldas, la Corporación Autónoma Regional de Caldas, el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo, y la Unidad Nacional de Gestión de Riesgo -El Ministerio y la Unidad Nacional para que sirvan de enlace con el Gobierno Nacional- para que de manera conjunta financien, planeen, contraten y ejecuten las obras recomendadas en el estudio geotécnico detalladamente señalado en aparte anterior.*

Teniendo en cuenta la envergadura no solo de obras requeridas, sino del músculo financiero que se debe destinar, las acciones conjuntas deberán ejecutarlas en un plazo no mayor a cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, siguiendo las siguientes pautas:

El primer año, para que se hagan todas y cada una de las gestiones administrativas y presupuestales necesarias a fin de contar con recursos del orden nacional, departamental y municipal suficientes para iniciar mediante un convenio en el que participen estas entidades, ya sea directamente o a través de institutos descentralizados, para planear, realizar estudios adicionales, y/ o ejecutar las obras que se sugieren en el estudio técnico.

A partir del segundo año: se deberá proceder a realizar las gestiones contractuales necesarias para la ejecución de las mismas, por el sistema que consideren más apropiado.

Y del tercer año al quinto año, para que se hagan las obras recomendadas en el estudio, comenzando como lo sugiere el estudio por las zonas de más alto riesgo, luego de mediano y por último las de menor riesgo.

Adicionalmente y dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta sentencia, el Municipio de Manizales a través de la oficina de prevención del riesgo, deberá levantar un censo poblacional, para conocer el número y ubicación de los habitantes, dentro de cada uno de los grupos sectorizados de mayor, medio y menor riesgo.

Se deberán dentro del primer año, iniciar las obras de bioingeniería recomendadas en el estudio, también priorizadas conforme a las zonas y gravedad del riesgo señalado en el estudio.

Por último, se deberá mantener las medidas de monitoreo permanente en la zona, a efectos de que se puedan detectar alarmas tempranas, para si es del caso necesario se reubiquen los habitantes que sean o se detecten afectados por el presente fenómeno y realizar campañas de socialización a los residentes de la zona, a efectos de que tomen

conciencia sobre la necesidad de que inicien las obras tendientes a mejorar la forma de recolección de aguas lluvias en sus viviendas.

CUARTO: INTEGRAR EL COMITÉ DE VERIFICACIÓN *de que trata el inciso final del artículo 27 y el artículo 34 de la ley 472 de 1998 de la siguiente manera: Personero del Municipio de Manizales que lo presidirá, el Jefe de la Oficina de Prevención de Desastres de Manizales, un delegado de Unidad Nacional de Gestión del Riesgo; Un Delegado del Gobernador de Caldas y en representación de la parte actora, Angela Yulieth Mendoza, los cuales se deberán reunir cada tres meses y entregar un informe de avance sobre las órdenes dadas, todo lo anterior sin perjuicio de los monitoreo permanentes en la zona por parte de la Unidad de Prevención del Riesgo de Manizales.*

QUINTO: NO INICIAR POR AHORA *el incidente de desacato, y ENTENDER con las anteriores ordenes decidida en forma definitiva, el incidente de desacato presentado frente a las medidas provisionales decretadas en este proceso*

SEXTO: DESVINCULAR *de la presente a la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y al Ministerio de Vivienda y Territorio.*

SÉPTIMO: DENEGAR *las demás pretensiones de la demanda.*

OCTAVO: DISPONER QUE SE PUBLIQUE *la parte resolutiva de la presente sentencia en un diario de amplia circulación nacional, a costa de la parte interesada.*

NOVENO: *Para los efectos del artículo 80 de la ley 472 de 1998, por la Secretaría del Tribunal, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.*

DECIMO: *Para que se entere de las órdenes dadas en esta sentencia, notifíquesele de la misma a la Personería de Manizales*

DÉCIMO PRIMERO: CONDENESE *en costas al Municipio de Manizales, el Departamento de Caldas, Corporación Autónoma Regional de Caldas, Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo y la Unidad Nacional de Gestión de Riesgo, quienes deberán concurrir al pago en forma proporcional y a favor de los actores, los cuales se liquidarán conforme al artículo 365 y 366 del C. G. del P. Se reconocen como agencias en derecho la suma de $500.000.oo.*
DÉCIMO SEGUNDO: EJECUTORIADA *esta providencia* ***ARCHÍVENSE*** *las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema SIGLO XXI.*

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer momento hay que señalar, que no se había resuelto antes este escrito de nulidad, pues consecuencia de las medidas tomadas por la pandemia ocasionada por el COVID 19, el Consejo Superior de la Judicatura, suspendió términos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio del presente año.

Ahora bien, considera la Sala que no hay lugar a declarar nulidad alguna sobre la sentencia antes referida por las siguientes razones:

La Sala al proferir la sentencia del 7 de febrero de 2020, hizo un estudio y un análisis, sobre si había lugar a abrir un incidente por un posible incumplimiento de medidas cautelares, pero llegó a la conclusión de que ello no era procedente.

El Tribunal analizó que, las medidas cautelares que tomó el Despacho, como su mismo nombre lo indica eran provisionales, y que se habían ordenado cuando no se tenían los conocimientos probatorios científicos necesarios para saber con más precisión qué medidas definitivas se debían tomar para intentar impedir el avance del fenómeno geológico.

Una vez que se practicaron las pruebas, entre ellas un estudio científico muy detallado, contratado por CORPOCALDAS, y otros dictámenes allegados por la parte coadyuvante, ya el Despacho tenía un mejor conocimiento del problema y en lugar de insistir en la ejecución de medida cautelares, por mera economía procesal e incluso por justicia material, era mejor, ya que se encontraba el proceso para dictar sentencia, proceder a ello y ordenar las medidas definitivas.

La anterior disquisición se hizo en la parte motiva y es la razón por la cual en un ordinal del resuelve se ordenó no abrir incidente de desacato.

Así las cosas, considera la Sala que no hay lugar a declarar la nulidad de la sentencia, pues el Tribunal si se pronunció sobre el escrito de incidente, además de que al tener conocimiento de las medidas definitivas a tomar para salvaguardar los derechos colectivos incoados como vulnerados, no era lógico insistir en medidas provisionales.

Por lo anterior este Tribunal.

RESUELVE

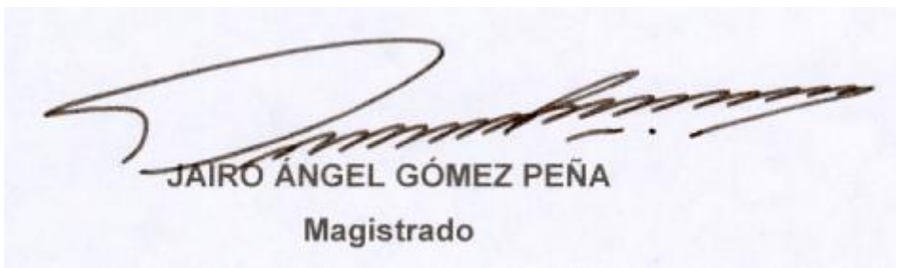
PRIMERO: NO DECLARAR LA NULIDAD de la sentencia proferida por este Tribunal el 7 de febrero de 2020, conforme a lo señalado en la parte motiva.

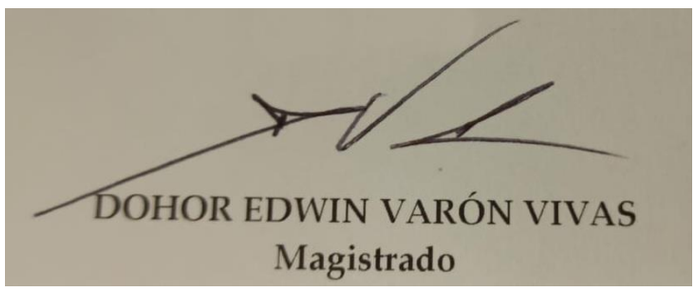
SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema SIGLO XXI.

A.I. 140

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual del 13 de agosto de 2020 conforme Acta nº 039 de la misma fecha.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020.

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

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Sentencia. 139

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

RADICADO	**17001-23-33-000-2019-00061-00**
MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**GYPLAC SA**
ACCIONADO	**LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

Procede la Sala Primera de Decisión de Tribunal Administrativo de Caldas, con fundamento en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, a dictar sentencia anticipada dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

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

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución nro. RDC-2018-00129 del 20/02/2018 expedida por la UGPP, mediante el cual se resolvió un recurso de reconsideración.

2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene dejar sin efectos el mencionado acto administrativo.

3. Que como efecto de la declaratoria de nulidad se ordene la reparación del derecho infringido a la sociedad Gyplac SA, y se levante la sanción impetrada condenando a la demandada a los perjuicios de carácter patrimonial que se logren establecer en el proceso.

4. Que se abra la posibilidad de agotar el derecho fundamental a una óptima defensa y proceda de esta manera a que se determine realmente cuál puede ser el monto adeudado

por la entidad, lo que cual se calculará con base en dictamen idóneo de rastreo con cada una de las entidades beneficiarias del pago de parafiscales y de prestaciones sociales.

HECHOS

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

- Con motivo del pago de los aportes al sistema integrado de protección social de los trabajadores de la empresa Gyplac, la UGPP realizó un proceso de fiscalización por hallazgos de posibles inexactitudes en las autoliquidaciones y pagos al sistema de seguridad social de la empresa, los cuales fueron debidamente contestados mediante los recursos de ley interpuestos.

- Que la información enviada a la UGPP no fue analizada en un contexto práctico y con suficiencia, ya que la misma daba cuenta de que los aportes al sistema cumplían a cabalidad con las exigencias normativas.

- Que pese a ello se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto a través de Resolución nro. RDC-2018-00129 del 20/02/2018 y se fijó un valor por inexactitud en los aportes correspondientes a una suma de $120.264.200 y una sanción por inexactitud de un valor de $72.134.700, para un total de $192.498.900.

- Que aunque en cada una de las respuestas y en el recurso de reconsideración se indicó a la entidad el correcto cumplimiento de la liquidación de aportes al sistema por parte de la empresa, la UGPP continúa cobrando aportes sobre los que ya se realizaron y suma los conceptos que no son salario según el artículo 128 del CST.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante considera que en el presente caso las normas violadas son los artículos 1, 4, 6, 13, 25, 29, 95, 209 y 338 de la Constitución Política; 683 del Estatuto Tributario; 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 70 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 17 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que el acto administrativo carece de legalidad, toda vez que el servidor público se negó a estudiar y tener en cuenta las pruebas aportadas en sede administrativa por la

empresa, y en tal sentido no fue clara la forma, el procedimiento y la manera en que se calcularon algunas de las inconsistencias que denominan la inexactitud.

Adicional a ello, aseveró que el acto administrativo vulneró el debido proceso al incurrir en falsa motivación y pretender establecer deudas sobre pagos realizados de manera correcta y cobrar aportes sobre los que ya se realizaron; y más gravoso aún, sumar conceptos que no son salariales sin tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 128 del CST, pues la ley permite que el trabajador y la empresa pacten que determinados conceptos y valores no constituyan salario, como sucede en este caso mediante la convención colectiva, y en tal sentido los mismos no pueden ser tenidos en cuenta en la base para el cálculo de las prestaciones sociales, aportes parafiscales ni de la seguridad social.

Manifestó que pese a ello la entidad, ejerciendo facultades y potestades propias de un juez laboral, tomó conceptos que no correspondían a nómina para determinar el IBC, como son los gastos de viaje, gastos de desplazamiento, primas extralegales (pactada mediante convención colectiva) y prima extralegal de vacaciones (pactada mediante convención colectiva).

También resaltó unas inconformidades sobre la forma en que se calculó el IBC en relación con licencias remuneradas y no remuneradas, vacaciones y novedades de retiro.

Precisó que la entidad demandada nunca tuvo en cuenta el acervo probatorio que daba cuenta de los aportes realizados por la compañía y que fue allegado en sede administrativa, el cual daba cuenta que las cotizaciones se realizaron en debida forma.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP comenzó por pronunciarse sobre las pretensiones para indicar que se oponía a todas y cada una de las planteadas en la demanda, ya que la entidad actuó de conformidad con el marco normativo vigente al momento de expedir los actos administrativos, seguidamente afirmó frente a los hechos que ninguno era cierto.

Señaló que para hacer efectivos los postulados del sistema de seguridad social y garantizar el acceso de la población, existe en el ordenamiento jurídico una serie de contribuciones parafiscales que buscan recursos para hacer efectivos los derechos a la salud, el trabajo, la pensión, la vivienda y otras garantías de orden constitucional que procuran mejorar el bienestar de los ciudadanos.

En atención a ello, explicó que la entidad cumple la función de determinar el adecuado, completo y oportuno pago de las contribuciones parafiscales de la protección social, y por ello ejerce una función fiscalizadora en virtud de la cual profirió una serie de actos administrativos, entre ellos, uno para solicitar información y documentos necesarios para verificar la adecuada, completa y oportuna liquidación; un requerimiento para declarar y/o corregir; una liquidación oficial y una resolución que desató un recurso de reconsideración.

Frente a la falsa motivación manifestó que la justificación de los actos administrativos se encuentra especialmente en la liquidación oficial y el archivo de Excel adjunto a esta, pues allí se materializó la aplicación de las disposiciones legales, y en tal sentido deben estudiarse de manera conjunta.

Sobre los conceptos no salariales, adujo que el legislador en el artículo 128 del CST determinó cuando un pago es no constitutivo de salario, pero la Ley 1933 de 2010 no excluyó ningún pago de sus efectos, solo se limitó a decir que todos los pagos no constitutivos de salario no podían superar el 40% del total de la remuneración, y por ello el argumento del aportante de excluir los pagos realizados a sus trabajadores de los efectos de la norma no tiene sustento legal, y resaltó además que no incluyó esta inconformidad en el recurso de reconsideración.

Aunado a ello, sostuvo que en la liquidación oficial se detalló la clasificación de los rubros que fueron incluidos en el IBC y que afirma la parte actora no constituyen salario.

Frente a las novedades de vacaciones referenció el artículo 70 del Decreto 806 de 1998, para resaltar que el aporte durante el periodo en que se presenta la novedad de vacaciones debe efectuarse teniendo en cuenta el IBC del mes anterior a la fecha en que se disfrutan, e indicó que verificados los archivos en Excel no se encontraron fechas de inicio y terminación de vacaciones.

En cuanto a la novedad de retiro precisó que el cálculo del IBC fue correctamente determinado por la UGPP, ya que el ajuste resultante se generó de comparar el aporte liquidado a la tarifa del subsistema con los pagos realizados en la PILA, por lo que se obtuvo como resultado ajuste de inexactitud; por ello se calculó el IBC conforme a lo establecido en las normas vigentes y en particular el IBC correspondiente al periodo de noviembre de 2013, mes en el que se registró la novedad de retiro basado en los días efectivamente laborados según la información de nómina, todo en aplicación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.

Frente a las licencias destacó que no se anexaron los soportes necesarios por parte del aportante, y en consecuencia en la liquidación oficial se analizaron las no remuneradas y las remuneradas; en relación con las no remuneradas sostuvo que no es posible efectuar recálculos, ya que el demandante no identificó los casos en que según su análisis se genera la inconsistencia, y sobre las remuneradas se encontró que se presentó la información de nómina de manera inconsistente frente a lo aportado en PILA donde no registra la misma, induciendo a error a la UGPP, y por ello el cálculo del IBC para la novedad de licencia remunerada se realizó en observancia del IBC del mes anterior y no del mes anterior que no presenta la novedad. Lo anterior, inducido por el aportante al no reportar la novedad en PILA.

En cuanto a los gastos de viaje, manifestó que al revisar la información remitida por el aportante no se evidenció que hubiera suministrado soportes que permitan probar que dichos desembolsos no fueron pagados al trabajador; en tal sentido, la UGPP incluyó el "rodamiento" como pago no salarial con lo cual debe tenerse en cuenta para el cálculo el exceso del 40%.

Manifestó que realizó el cálculo del IBC en atención a la normativa vigente, teniendo en cuenta las vacaciones y licencias no remuneradas que registran un IBC diferencial que debe ser calculado con atención al IBC del mes anterior y no al salario del mes anterior.

Concluyó, entonces, que los actos administrativos se expidieron de acuerdo a la normativa que regulaba los aportes parafiscales, y por ello no hay lugar a declarar su nulidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: Precisó que está demostrado en el proceso, en especial con la convención colectiva, los conceptos no salariales, mismos que no formarían parte de la base de cálculo de las prestaciones sociales, aportes parafiscales ni dela seguridad social. Por ello, el acto administrativo demandado carece de legalidad, más cuando no fue claro el procedimiento utilizado para calcular algunas inconsistencias que denominan inexactitud, y en tal sentido es factible decretar la nulidad del mismo.

Indicó que la accionada tomó conceptos que no corresponden a nómina para determinar el IBL, lo cual se comprueba con el CD que la entidad adjuntó al acto administrativo demandado, en el cual se demuestran deudas que no tienen sustento fáctico y legal.

Parte demandada: En primer momento manifestó que se ratificaba en todas y cada una de las argumentaciones expuestas en la contestación de la demanda.

Indicó que la UGPP por ley tiene facultades de fiscalización al tenor de la Ley 1607 de 2012, por ello no es cierto lo atinente a la falta de competencia para adelantar las acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales.

Frente a la falsa motivación indicó que la liquidación oficial se encuentra debidamente explicada no solo en la parte escrita del documento sino también en los archivos de Excel que acompañan el acto administrativo.

Nuevamente explicó el tema de los conceptos no salariales, las novedades de vacaciones, las novedades de retiro, las licencias remuneradas y no remuneradas y los gastos de viaje, y la forma en que se calculó el IBC.

En consecuencia, indicó que los actos administrativos fueron expedidos con atención estricta a las rigurosidades legales aplicables, respetando los derechos del aportante y motivando cada una de las conductas sancionadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No observa esta Sala irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí rituado y procederá en consecuencia a tomar una decisión de fondo en el presente litigio.

Problemas jurídicos

1. ¿Conforme a la normativa que regula los factores que se deben tener en cuenta en la base de cotización de los aportes al sistema de protección social, los pagos que conforme al Código Sustantivo del Trabajo no son constitutivos de salario deben descontarse en su totalidad de la base de cotización o únicamente en un porcentaje como señala la UGPP?

2. ¿Demostró Gyplac las demás inexactitudes que afirma incurrió la UGPP en los actos que modificaron las autoliquidaciones por aportes al sistema de protección social presentados del 1º de enero de 2013 al 31 de diciembre de ese año?

Lo probado en el proceso

De acuerdo al material probatorio que reposa en el expediente se encuentra acreditado lo

siguiente:

- La UGPP emitió requerimiento para declarar y/o corregir nro. RCD-2016-00461 mediante el cual le propuso a Gyplac modificar y pagar mediante su operador de PILA las autoliquidaciones presentadas por los periodos 01/01/2013 al 31/12/2013 en varios conceptos por la suma de $193.742.255, que incluía inexactitud, mora y sanción por inexactitud – prueba que obra en el CD de antecedentes administrativos.

- La UGPP emitió liquidación oficial nro. RDO-2017-00060 del 31 de enero de 2017 a Gyplac SA por mora e inexactitud en la presentación de las autoliquidaciones y pagos de los aportes al sistema de la protección social por los periodos 01/01/2013 al 31/12/2013 por la suma de $143.328.100, y además impuso sanción por inexactitud por valor de $85.913.040 – prueba que obra de folio 26 a 37.

- Mediante escrito radicado el 17 de abril de 2017 Gyplac interpuso recurso de reconsideración a través del cual refutó la liquidación oficial – prueba que obra a folio 38 a 59.

- Mediante Resolución nro. RDC 2018-00129 del 20/02/2018 se resolvió el recurso de reconsideración y se decidió modificar los aportes determinados en la liquidación oficial a la suma de $120.364.200 así como la sanción por inexactitud a la cantidad de $72.134.700 – prueba que obra de folio 61 a 70.

- La convención colectiva de trabajo de Gyplac da cuenta en la cláusula octava que la empresa reconoce a sus trabajadores todas las prestaciones legales y además las extralegales de 1. primas extralegales (pagadera en junio y diciembre) y 2. prima extralegal de vacaciones (pagadera al momento de entrar a disfrutar las vacaciones) – prueba que obra de folio 71 a 85.

Cuestión previa

Lo primero que deberá advertir la Sala para resolver este proceso es la importancia que tiene el requisito procesal de la demanda denominado concepto de la violación, pues el actor debe tener la carga no solo de señalar las normas que considera se vulneran sino explicar de un manera detallada, precisa, pertinente, suficiente y concreta esa vulneración, ya que este acápite del libelo petitorio delimita el marco legal frente al cual debe pronunciarse el juez administrativo. Debe recordarse que esta jurisdicción en este aspecto

es rogada, y no puede el funcionario estudiar disposición por disposición normativa para compararla con los actos para ver cómo y en qué forma se vulneran, pues sería una labor inacabable.

Como lo ha explicado el Consejo de Estado[1], este requisito de la demanda constituye un asunto que, aunque posee un sentido formal, tiene una innegable dimensión material en cuanto garantiza el adecuado ejercicio del derecho de defensa por la parte demandada, quien tendrá certeza de cuáles son los motivos por los que se le lleva a juicio; y al juez, adquirir una comprensión adecuada de la controversia, aspecto esencial para fijar el litigio.

En este caso específico encuentra la Sala que en lo atinente al concepto de la violación la parte demandante argumentó de manera muy general que la UGPP incurrió en falsa motivación al momento de expedir los actos administrativos que conllevó a realizar unos aportes a cargo de la sociedad actora; y se dice que general por cuanto al respecto apunta a que no fue clara la forma, el procedimiento y la manera cómo se calcularon algunas de las inconsistencias que denominaron inexactitud, y en consecuencia, se está exigiendo pagar más de aquello que la misma ley determinó.

Se adentrará entonces la Sala a resolver los problemas jurídicos pero hará hincapié en que hay una falta de técnica al exponer el concepto de la violación.

Primer problema jurídico

¿Conforme a la normativa que regula los factores que se deben tener en cuenta en la base de cotización de los aportes al sistema de protección social, los pagos que conforme al Código Sustantivo del Trabajo no son constitutivos de salario deben descontarse en su totalidad de la base de cotización o únicamente en un porcentaje como señala la UGPP?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que no todos los pagos que conforme a la ley se consideran como no constitutivos de salario se pueden descontar de la base de cotización de los aportes al sistema de protección social, pues conforme a la normativa que regula la manera de determinar esta base, únicamente proceden esos pagos en una cuantía que no exceda el 40 % de la remuneración total dada a los trabajadores.

[1] Sección Primera - veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019) - Radicación número: 11001-03-24-000-2009-00567-00

Frente a los pagos no constitutivos de salario invoca la parte actora el artículo 128 del CST, norma que dispone:

> ***ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS.*** *No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.*

Conforme a esta disposición es claro que no constituyen salario a) los pagos que recibe el trabajador ocasionalmente y por mera liberalidad de su empleador; b) lo que recibe en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad sus funciones; c) las prestaciones sociales y d) los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie.

Por otro lado, y como argumento de la UGPP, se encuentra que Ley 1393 de 2010 por medio de cual *"se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud y para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud"* estableció una imposición con respecto a los pagos de carácter no salarial, al señalar que si bien estos pueden ser pactados a libre disposición de las partes en el contrato laboral, deberán ser objeto de aportes a salud y pensión en aquella proporción que exceda de un 40% de la asignación mensual total. Señala la referida disposición:

> ***ARTÍCULO 30.*** *Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de las trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.*

El artículo 18 de la Ley 100 de 1993 se relaciona con la base de cotización al sistema pensional, y el artículo 204 *ibídem* es el atinente al monto y distribución de las cotizaciones a salud.

Ahora, frente a riesgos profesionales, el artículo 17 del Decreto 1295 de 1994 dispuso:

> ***ARTICULO 17. BASE DE COTIZACION.*** *La base para calcular las cotizaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales<1>, es la misma determinada para el Sistema General de Pensiones, establecida en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.*

De acuerdo a lo anterior, el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 se aplica para determinar la base de la cotización para salud, pensión y riesgos profesionales.

Observa la Sala que la UGPP a través de la liquidación oficial explicó según el cuadro que reposa a folio 29 a 30, aquellos pagos constitutivos de salario y no constitutivos de salario que eran tenidos en cuenta para calcular el ingreso base de cotización para salud, pensión, riesgos laborales y parafiscales.

Respecto a los no constitutivos de salario, enlistó en la casilla que nombró "denominación equivalente unidad" las bonificaciones a trabajadores; el auxilio de transporte especial legal y/o extralegal (entre los que estaba el auxilio de transporte especial, legal y/o extralegal); los auxilios no constitutivos de salario; rodamientos; prima extralegal (entre los que estaban las primas extralegales de empleados, prima de vacaciones, prima convencional) y otros pagos no detallados en nómina. De todos estos consignó que constituían ingreso base de cotización para salud, pensión y riesgos laborales, no para los parafiscales.

De acuerdo a lo anterior, para la UGPP esos rubros que aduce la parte actora que son no constitutivos de salario como las primas extralegales, gastos de viaje y gastos de desplazamiento fueron tenidos en cuenta así por la entidad al momento de calcular los aportes en la liquidación oficial, pero les aplicó la limitación establecida del 40% según la ley.

Por lo anterior, se comparte el argumento de la UGPP en el sentido que, aunque por disposición de la ley o por estipulación de las partes haya rubros que no constituyan salario, ello no es óbice para que únicamente proceda como descuento en la base de la cotización el 40% que corresponda al pago total o remuneración total a los trabajadores.

Sobre este tópico el Consejo de Estado en providencia de la Sección Cuarta del 24 de octubre de 2019 - Radicación número: 25000-23-37-000-2015-00811-01(24085) explicó:

> *2.1.4. De ahí que es contrario al entendimiento del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, decir que lo que no es constitutivo de salario no debe tenerse en cuenta para efectos del IBC, cuando la norma expresamente dice que solo para efectos de salud y pensiones debe tenerse en cuenta todo aquel factor que no constituye salario, que supere el 40% de la remuneración total del trabajador.*
>
> *2.1.5. La norma busca precisamente limitar o fijar como tope máximo para efectos de depurar el IBC el 40% de la remuneración total, como se infiere del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 que explícitamente dispuso que únicamente para efectos de la cotización a pensión y salud de que tratan los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, "los pagos laborales no constitutivos de salario de las trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.*
>
> *Significa que los pagos que no constituyen salario que excedan el 40% del total de la remuneración, sí deben incluirse en el Ingreso base de Cotización de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, aunque no en la base de cotización de aportes parafiscales Sena, ICBF, Cajas de Compensación y Subsidio Familiar.*
>
> *2.1.6. En el caso concreto, la UGPP constató que para los periodos objeto de controversia, la empresa demandante hizo pagos que no constituyen salario que excedieron el 40% del total de la remuneración, y no los había tenido en cuenta en el IBC para el pago de aportes. Lo que comportó el respectivo ajuste en la cotización al Sistema General de Seguridad Social.*

Aunque el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 así como la sentencia antes transcrita dispone que ese salario no constitutivo que supere el 40% hace parte del IBC para los aportes a salud y pensión únicamente, la Sala considera que también es acertado que se incluya para los aportes a riesgos profesionales, en la medida que el artículo 17 del Decreto 1295 de 1994 consagró que la base de cotización para calcular las cotizaciones del sistema general de riesgos profesionales es la misma determinada para el sistema general de pensiones.

En este momento debe recordarse que el argumento de la parte actora sobre este tema en la demanda únicamente gira en torno a que los pagos realizados por gastos de viaje, gastos de desplazamiento, primas extralegales y prima extralegal de vacaciones no constituye salario y, por lo tanto, no pueden formar parte del IBC para los aportes al sistema de protección social, argumento que se desvirtúa con lo expuesto en líneas anteriores.

Y aunque en el recurso de reconsideración aseveró que los pagos realizados por gastos de viaje y gastos de desplazamiento hacen parte del giro de los negocios y no ingresan al patrimonio del trabajador pues se utilizan para la gestión de la empresa, lo cierto es que la Sala no tiene cómo comprobar esta afirmación, pues no hay prueba que dé cuenta de cómo fueron cancelados esos dineros.

Segundo problema jurídico

¿Demostró Gyplac las demás inexactitudes que afirma incurrió la UGPP en los actos que modificaron las autoliquidaciones por aportes al sistema de protección social presentados del 1º de enero de 2013 al 31 de diciembre de ese año?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la parte actora no demostró que el IBC calculado por la UGPP en sede administrativa para el pago de los aportes al sistema de protección social se determinó violando las disposiciones correspondientes.

Para resolver este problema jurídico, y en atención a que el actor aduce que son varias las inexactitudes, como se señala en el concepto de la violación, procederá este Tribunal a pronunciarse con la información y argumentos expuestos entre las partes.

Licencias no remuneradas

Frente al tema de licencias no remuneradas adujo la parte actora textualmente a folio 8 del expediente lo siguiente: *"la UGPP asume unos pagos como licencia no remunerada y el trabajador no percibió ninguna".*

Esta afirmación presenta una dificultad para que esta Sala pueda pronunciarse de fondo sobre ese tema y es porque de ninguna manera se explica a qué específicamente se refiere, es decir, no aduce respecto a qué trabajador o trabajadores se presenta esta inconsistencia; por qué considera que se liquidó de manera errada el IBC en relación con las licencias, o el soporte normativo que permita verificar lo realizado por la UGPP en sede administrativa.

Lo mismo ocurre con lo indicado en el punto 3 del mismo folio 8 al consignarse literalmente *"La UGPP en pagos aparece la diferencia en el IBC por una licencia remunerada y el trabajador laboro festivos no trabajados y el permiso remunerado especial y la entidad lo tomo como un permiso remunerado con cálculo del IBC del mes anterior".*

La narración de esta inconsistencia frente a los actos administrativos hace difícil para esta Corporación emitir pronunciamiento, pues el argumento ni siquiera es comprensible en términos de redacción.

Gastos de viaje

Aseveró la parte actora que frente a los trabajadores con salario integral se calculó un IBC que sumó los gastos de viaje que aparecen en la contabilidad y no en la nómina y los asimiló a viáticos, lo cual es errado porque estos gastos son soportados por el trabajador.

Aunado a ello, afirmó que la UGPP sumó los gastos de viaje que son contabilizados como gastos de administración o gastos de venta que no están en la nómina y están soportados. En relación con este punto debe advertirse que ni en el requerimiento para declarar, ni en la liquidación oficial, ni el escrito que sustentó el recurso de reconsideración, ni en la resolución que desató el recurso de reconsideración encuentra este juez un argumento atinente a una inconsistencia por este tema, aparte del relativo a que estos rubros no forman parte del salario y por ellos no deben ser incluidos en el IBC, lo cual fue un aspecto resuelto en el problema jurídico anterior.

Vacaciones, licencias remuneradas y novedades de retiro.

Frente a las vacaciones aseveró que de conformidad con el artículo 70 del Decreto 806 de 1998 la UGPP no tuvo en cuenta la novedad de vacaciones que se encuentra declarada en las planillas integradas de liquidación de aportes, en la nómina y en la contabilidad, y que la entidad insistió en una inexactitud sin fundamento normativo.

Sobre este asunto la UGPP argumenta que en relación a los registros a que hace referencia el aportante no se encontró fecha de inicio y terminación de las vacaciones luego de analizar el Excel adjunto al recurso de reconsideración, y que además el cálculo del IBC se efectuó de conformidad con el Decreto 806 de 1998.

En cuanto a este tema se encuentra que ambas partes invocan el artículo 70 del Decreto 806 de 1998, por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en salud y como servicio de interés general en todo el territorio nacional, que indica:

> ***ARTÍCULO 70. Cotización durante la incapacidad laboral, la licencia de maternidad, vacaciones y permisos remunerados.*** *Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período durante el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor de la incapacidad o de la licencia de maternidad según sea el caso, manteniéndose la misma proporción en la cotización que le corresponde al empleador y al trabajador.*
>
> *Las cotizaciones durante vacaciones y permisos remunerados se causarán en su totalidad y el pago de los aportes se efectuará sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de las respectivas vacaciones o permisos.*
>
> *La Entidad Promotora descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador asalariado o independiente según sea el caso.*
>
> *En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, salvo las excepciones legales.*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *En el sector público podrá pagarse en forma anticipada las cotizaciones correspondientes al período total de la incapacidad, licencia de maternidad, vacaciones o permisos remunerados.*

Pese a que se referenció el soporte normativo debe advertirse que la parte demandante solo señaló como fundamento de esta inconsistencia que no se tuvo en cuenta el acervo probatorio aportado por la compañía, y que en tal sentido no se aplicó la novedad de vacaciones que se encuentra declarada en las planillas integradas de aportes, en la nómina y en la contabilidad.

Para la Sala nuevamente se presenta una dificultad para desatar este argumento de ilegalidad que plantea la parte actora y que soporta la petición de declaratoria de nulidad del acto administrativo, por cuanto simplemente hizo relación a una indebida valoración de las pruebas que aportó en sede administrativa, más no informa qué prueba es; cuál es esa errada interpretación, es decir, frente a qué empleados; por qué periodo cotizado; qué documentos acreditan su dicho; cuál es la razón por la que se vulneró la norma; y es importante recordar que los actos administrativos se relacionan con el periodo gravable 01/01/2013 al 31/12/2013, es decir, un año completo, lo que dificulta aún más la tarea de este juez plural en aras de verificar esas inconsistencias.

Y esto también se presenta frente a lo señalado en relación con las licencias remuneradas y las novedades de retiro.

Sobre las licencias remuneradas adujo en el concepto de la violación textualmente que *"una vez son otorgadas a los trabajadores, se realiza un cálculo sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador inicia su permiso, y no obstante la entidad toma un valor errado, al que se refleja en los registros contables y hace caso omiso de los mismos y de las pruebas aportadas con el recurso de reconsideración presentado, manteniendo su postura frente a la inexactitud".*

Y en relación con la novedad de retiro precisó de manera textual que *"en el acto administrativo que se recurre, mencionó la entidad accionada que no se "allegó pruebas que acrediten la terminación de la relación laboral y por ende la inexistencia de la obligación de cotizar", sin tener en cuenta el acervo probatorio aportado en el recurso de reconsideración en donde se evidencia la novedad de retiro que refleja la terminación del vínculo laboral, y en consecuencia la entidad no tiene en cuenta la novedad de retiro y se plantean dudas inexistentes a mi representada".*

Como se observa se expusieron argumentos demasiado generales, los cuales debieron ser aterrizados frente a cada inexactitud, por lo menos brindando datos más concretos que permitieran estudiar lo realizado por la UGPP en virtud de su función fiscalizadora.

Aunque sea reiterativo, la Sala debe hacer precisión en que la parte al no exponer de manera clara y fundamentada su concepto de la violación, impidió a esta Corporación analizar de fondo sus argumentos, pues los mismos son superficiales frente a las inconformidades que al parecer tiene sobre la forma en que la UGPP liquidó la base de cotización para los aportes al sistema de protección social.

En tal sentido, la consecuencia del actuar de la parte es que deban negarse las súplicas de la demanda.

Conclusiones

Al no haberse demostrado la falsa motivación en que incurrió la UGPP al momento de proferir la resolución mediante la cual se desató el recurso de reconsideración, esto es, la RDC-2018-00129 del 20 de febrero de 2018, no se accederá a las pretensiones de la demanda.

Costas

Así las cosas, y conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandante, Gyplac SA, en atención a que debido a la presentación de la demanda la parte accionada se vio en la necesidad de vincular abogados, de incurrir en gastos de honorarios y gastos procesales, y de todos los costos que se generan con un proceso judicial. Las mismas se liquidarán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de $5.774.967, de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, a favor de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP y a cargo de la parte demandante.

Es por lo expuesto que la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

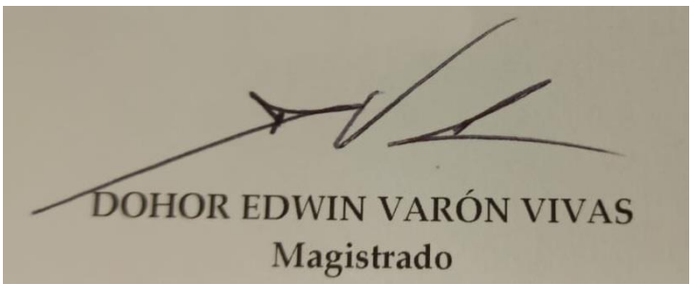
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **GYPLAC SA** contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a cargo de **GYPLAC SA** cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de $5.774.967 m/cte, a favor de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** 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

Sentencia proferida en Sala de Decisión Virtual realizada el 13 de agosto de 2020 conforme Acta nº 039 de la misma fecha.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

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

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

RADICADO	**17001-23-33-000-2019-00193-00**
MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE	**OSCAR EDUARDO BAÑOL CANO**
DEMANDADO	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP.**

En el proceso de la referencia se había programado audiencia inicial para el día 19 de marzo de 2020 a las 10:30 am; diligencia que no pudo ser llevada a cabo debido a la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de la Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a raíz de la situación presentada por el COVID-19.

Una vez reiniciado los términos judiciales a partir del 1° de julio del año en curso según el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, sería del caso señalar nueva fecha y hora para esa diligencia, sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 12 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del CGP, se hace necesario que Tribunal emita pronunciamiento sobre la excepción previa de caducidad que fue propuesta por la parte accionada.

ANTECEDENTES

El señor Bañol Cano a través de demanda presentada el 10 de mayo de 2019 pretende se declare la existencia del silencio administrativo negativo respecto del recurso de reconsideración interpuesto el 28 de septiembre de 2017 en contra de la liquidación oficial nº RDO -2017-02334 del 21 de julio de 2017. En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene dejar sin efectos jurídicos la liquidación oficial nº RDO -2017-02334 del 21 de julio de 2017, ordenando el cobro de las obligaciones establecidas en la misma.

Al momento de contestar la demanda la UGPP propuso como excepción previa la que denominó "improcedencia de la demanda por caducidad de la acción" esta excepción la sustenta en el hecho que, la Resolución nº RDC 2018-0071 del 1 de agosto de 2018 por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por la parte actora confirmando en su integridad la Liquidación Oficial nº RDO 2017-02334 del 21 de julio de 2017 fue notificada en debida forma a la parte actora el 13 de septiembre de 2018, luego la parte actora tenía hasta el 14 de enero de 2019 para presentar válidamente la demanda, siendo presentada el 10 de mayo de ese año, de lo que se concluye que, en el presente asunto operó el fenómeno de caducidad.

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

De las excepciones propuestas se corrió traslado según documentos que reposan a folio 93 - 94 del expediente, sin que la parte actora se pronunciara frente a las mismas

CONSIDERACIONES

El artículo 12 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 dispuso:

> *Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.*
>
> *Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los articulas 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.*
>
> *Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.*
>
> *La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de*

> *Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.*

Por lo anterior, y según lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, como la parte demandada no pidió la práctica de alguna prueba para probar la excepción, es procedente resolver la misma antes de reprogramar la audiencia inicial.

Frente al tema de la caducidad para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el literal d) del numeral 2) del artículo 164 del CPACA dispuso que *"la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales".*

Para resolver esta excepción debe esta Sala manifestar que, la resolución a la que hace mención la parte demandada no fue objeto de demanda, siendo demandado un presunto silencio administrativo por parte de la entidad frente al recurso de reconsideración presentado por el señor Bañol Cano respecto de la Liquidación Oficial nº RDO 2017-02334 del 21 de julio de 2017. De otro lado y teniendo en cuenta la aseveración de la entidad de la existencia de un acto administrativo por medio del cual se resuelve el recurso de reconsideración, observa este Juez Plural que, este punto deberá ser analizado en el fondo del asunto, no siendo procedente el mismo en esta etapa procesal.
Así las cosas, se declara no probada esta excepción

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas

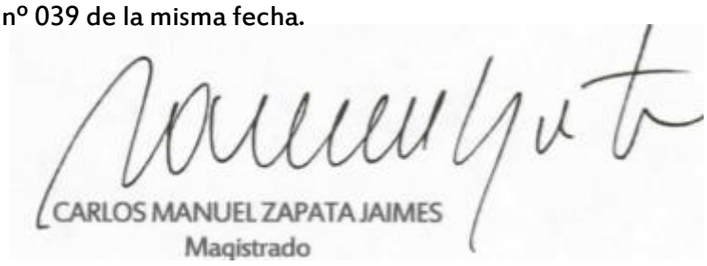
R E S U E L V E:

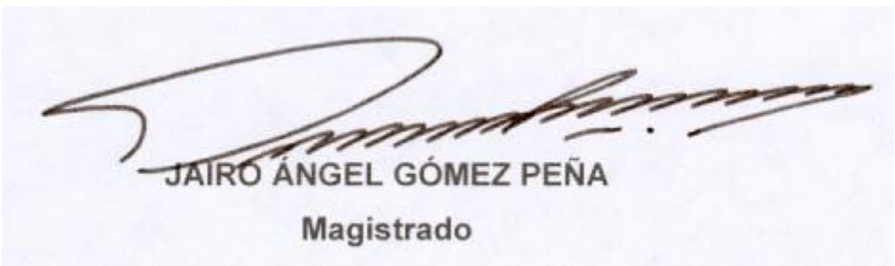
1. **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de caducidad de la demanda que propuso **la UGPP** dentro del proceso de la referencia.

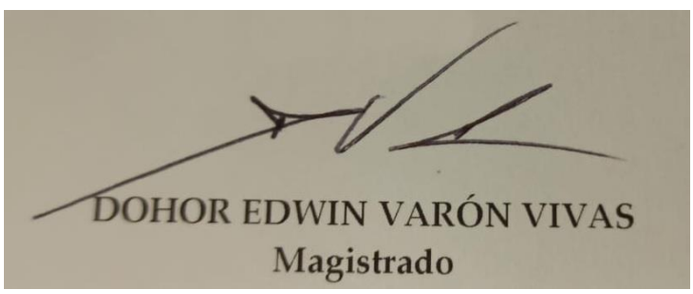
2. En firme este auto, regrese el expediente para continuar con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual celebrada el 13 de agosto de 2020 conforme Acta nº 039 de la misma fecha.







TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN	**17-001-23-33-000-2020-00166-00**
CLASE	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE	**ASMET SALUD EPS SAS**
DEMANDADO	**HOSPITAL SAN FELIZ DE LA DORADA - CALDAS**

Pasa el Despacho a decidir sobre la admisión de la demanda de la referencia.

En el proceso de la referencia, se solicita se declare la nulidad de los actos administrativos expedidos por parte del Hospital San Félix de la Dorada – Caldas dentro del proceso de cobro coactivo nº 006 del 2018 adelantado contra Asmet Salud EPS SAS

Ahora bien, el artículo 6 del Decreto 806 de 2020 establece que:

> **Artículo 6**. Demanda. La demanda indicará el canal digital donde deben ser notificadas las partes, sus representantes y apoderados, los testigos, peritos y cualquier tercero que deba ser citado al proceso, so pena de su inadmisión. Asimismo, contendrá los anexos en medio electrónico, los cuales corresponderán a los enunciados y enumerados en la demanda. Las demandas se presentarán en forma de mensaje de datos, lo mismo que todos sus anexos, a las direcciones de correo electrónico que el Consejo Superior de la Judicatura disponga para efectos del reparto, cuando haya lugar a este. De las demandas y sus anexos no será necesario acompañar copias físicas, ni electrónicas para el archivo del juzgado, ni para el traslado. En cualquier jurisdicción, incluido el proceso arbitral y las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado, el demandante, **al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario o el funcionario que haga sus veces velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación la autoridad judicial inadmitirá la demanda.** De no conocerse el canal de digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos. En caso de que el demandante haya remitido copia de la demanda con todos sus anexos al demandado, al admitirse la demanda la notificación personal se limitará al envío del auto admisorio al demandado. (subrayas y negrilla fuera del texto)

Por lo anterior, se le solicitará al actor, so pena de rechazo, que dentro del término de diez (10) días, corrija la demanda en el sentido de allegar constancia del envío de la demanda y sus anexos a la entidad accionada, así como el documento que dé cuenta del cumplimiento del envío conforme a los términos del artículo 6 del decreto 806 de 2020.

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

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaura **ASMET SALUD EPS SAS** contra el **HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA – CALDAS.**

2. ORDENAR la corrección de la demanda, para que la parte accionante en un término de 10 días, contados a partir de la notificación de este proveído, so pena de rechazo, en los siguientes aspectos:

- Deberá allegar constancia del envío de la demanda y sus anexos a la entidad accionada, así como el documento que dé cuenta del cumplimiento del envío conforme a los términos del artículo 6 del decreto 806 de 2020.
- Deberá integrar en un solo escrito la corrección de la demanda y la demanda
- Deberá allegar constancia del envío del escrito de subsanación al Hospital San Félix de la Dorada – Caldas conforme lo establecido en la norma en mención.

3. RECONÓCESE personería jurídica al abogado GUILLERMO **JOSÉ OSPINA LÓPEZ,** identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.459.689 y portador de la T.P n.º 65.589 del C.S. de la J., para actuar en representación de **ASMET SALUD EPS SAS** en los términos y para los fines del poder a él conferido (memorial 3 del expediente electrónico).

3. NOTIFÍQUESE a la parte demandante por estado electrónico.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN	**17-001-23-33-000-2020-00195-00**
CLASE	**VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS**
DEMANDANTE	**LUIS CARLOS VELÁSQUEZ CARDONA**
DEMANDADO	**MUNICIPIO DE NEIRA - CALDAS**

Revisado los requisitos establecidos en el Decreto 1333 de 1.986, y allegado el escrito de subsanación en debida forma, **ADMÍTASE** la presente solicitud de validez instaurada por EL **GOBERNADOR ENCARGADO DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS** de conformidad con el Decreto No. 0065 del 23 de abril de 2018 ratificada mediante Decreto 002 del 01 de enero de 2020**,** frente al Acuerdo municipal n°016 del 30 de mayo de 2020 de Neira-Caldas, por medio del cual se adopta el Plan de Desarrollo para éste municipio para la vigencia 2020-2023, denominado "Neira, La tierra Que Nos Une".

De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 121 del Decreto 1333 de 1986, se dispone la **FIJACIÓN EN LISTA** por el término de diez (10) días, durante los cuales el Procurador Judicial de la Corporación y cualquier otra autoridad o persona, podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del Acuerdo mencionado, y solicitar la práctica de pruebas.

NOTIFÍQUESE personalmente al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales en la forma y términos indicados en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 y el Decreto 806 de 2020, mensaje que contendrá copia de esta providencia:

Al **MINISTERIO PÚBLICO,** al **ALCALDE DE NEIRA– CALDAS** alcaldia@neira-caldas.gov.co , secretariagobierno@neira-caldas.gov.co ; al buzón del correo electrónico para notificaciones judiciales del **CONCEJO MUNICIPAL DE RISARALDA – CALDAS** concejo@neira-caldas.gov.co

Al **GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS** por estado electrónico y enviar mensaje al correo oficial para notificaciones judiciales sjuridica@gobernaciondecaldas.gov.co

Se deja constancia que en la notificación de esta providencia no se adjuntara copia de la demanda toda vez que conforme a los anexos allegados el Departamento de Caldas en cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo 806 de 2020 mediante correo electrónico del 28 de julio de 2020 envío copia de la demanda y sus anexos a la Alcaldía de Neira - Caldas y al Concejo de Neira – Caldas conforme anexo 31 del expediente electrónico.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 DEL 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Sentencia. 135
Segunda Instancia

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

PROCESO No.	**17-001-33-33-003-2018-00125-02**
CLASE	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**ALBA LUCIA VARGAS DE FRANCO**
ACCIONADO	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en audiencia inicial celebrada el 7 de mayo de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 1746-6 del 9 de febrero de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establecido en la Ley 71 de 1988.

2. Que se declare que la actora tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio del disfrute de la pensión de jubilación, es decir, desde el año 2014.

2. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

3. Condenar a la demandada en los términos del artículo 188 del CPACA.

4. Que en el evento de que se disponga la citación al trámite a la entidad territorial del cual hace parte la Secretaría de Educación que expidió el acto administrativo, se resuelva su situación jurídica en el tema debatido en la respectiva sentencia.

HECHOS

- La señora Alba Lucía Vargas de Franco al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión mediante la Resolución nro. 0916 del 6 de febrero de 2015 por valor de $2.278.692, la cual además reconoció que se tenía derecho al reajuste de la pensión de conformidad con la Ley 71 de 1988 y la Ley 238 de 1995, y que son disposiciones aplicables la Ley 6 de 1945; Ley 33 de 1985; Ley 91 de 1989; Ley 238 de 1995; Ley 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003.

- Esbozó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de pagar la mesada pensional de la parte actora, y de realizar los ajustes anuales de incremento salarial desde el año 2014, fecha en que adquirió el estatus pensional, tomando el incremento para su ajuste conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; esto es, el incremento del índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior, sin tener en cuenta que dicho reajuste debe realizarse teniendo en cuenta el porcentaje establecido con base en el salario mínimo mensual legal vigente, conforme lo prevé la Ley 71 de 1988, por remisión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

- Mediante petición radicada el 3 de enero de 2018 se solicitó el reconocimiento y pago del reajuste de las mesadas pensionales de conformidad con la Ley 71 de 1988, solicitud que fue negada mediante Resolución nro. 1746-6 del 9 de febrero de 2018.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró como violados los artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Ley 238 de 1995; artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; y el 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 1988, así como el reajuste anual que luego se estableció por la Ley 100 de 1993, para indicar que la entidad demandada continuó aplicando la Ley 71 de 1988, amparada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que con la expedición de la Ley 238 de 1995 la accionada comenzó a reajustar 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.

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 los caracterizan.

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, y no ajustar las mesadas pensionales con el salario mínimo legal sino con el IPC.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: en primer momento se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo que no le constaban ninguno de los hechos de la demanda.

Como excepciones propone las que denominó:

- Omisión de requisito de procebilidad: hizo alusión a la vulneración a los derechos de defensa y al debido proceso previstos en el artículo 29 de la Constitución Política, ya que no se aportó con la demanda prueba de haberse agotado el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

- Falta de integración del contradictorio – litis consorcio necesario: consideró, con apoyo en las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993 y el Decreto 2831 de 2005, que el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del fondo se efectúa a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales y con el visto bueno de la fiduciaria, por lo que es

procedente vincular a la Secretaría de Educación de Manizales y a la Previsora SA, esta última con soporte en el contrato de fiducia mercantil 0083 de 1990, lo que corrobora que la Nación – Ministerio de Educación no tiene injerencia alguna en este procedimiento.

- Vinculación de litisconsorte: solicitó la vinculación de la fiduciaria La Previsora SA en virtud del contrato mercantil 0083 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional.

- Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional: con base en lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 114 de 1994 y la Ley 715 de 2001, adujo que las competencias de la entidad en materia de educación se centran en ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del magisterio.

- Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por la accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última, con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Añadió que el Ministerio de Educación Nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación; no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma; no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento; no ordena el pago y no destina los recursos para cancelar las prestaciones.

- Inexistencia de causa por inexistencia de causa jurídica: precisó que el ajuste de la pensión de jubilación es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y no el previsto en la Ley 71 de 1988. Además, señaló que la Ley 812 de 2003 integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogatoria tácita de la normativa anterior.

- Caducidad: con fundamento en el artículo 164 del CPACA resaltó que la demanda se radicó por fuera del término establecido en esta norma.

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

- Cobro de lo no debido: indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria y por tanto cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria debe contar con la respectiva apropiación presupuestal.

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

- Genérica: pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 7 de mayo de 2019, negó las pretensiones de la demanda, tras planearse como problema jurídico si tenía derecho la demandante a que se actualizara la base salarial de su pensión de jubilación, conforme al incremento del salario mínimo mensual legal vigente cuando este supere el índice de precios al consumidor. Si la Ley 100 de 1993 es referente para la verificación del aumento de las pensiones de los docentes oficiales. Si el aumento del salario mínimo legal mensual que para cada año realiza el Gobierno Nacional beneficia a los salarios superiores y a las pensiones superiores a este. Y, finalmente, si el artículo 53 de la carta dispone u obliga un aumento porcentual específico para las pensiones.

Analizó el régimen jurídico pensional de los docentes con fundamento en la Ley 812 de 2003, la Ley 100 de 1993 y sentencias de la Corte Constitucional como la C-435 de 2017 y C-387 de 1994, para concluir que el reajuste de la pensión de jubilación realizada con fundamento en el porcentaje del IPC no vulnera los postulados constitucionales del Estado Social del Derecho, en el entendido que garantiza el poder adquisitivo constante del pensionado ya que el fundamento normativo para hacerlo es el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, norma que sustituyó el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, y es el establecido para las pensiones que superen el monto del salario mínimo legal mensual vigente, como es el caso de la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló la sentencia mediante memorial que reposa de folio 98 a 112 del expediente.

Precisó sobre la excepción del régimen general de pensiones y su aplicación en armonía desde el principio de favorabilidad pensional, contemplado para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, bajo la previsión establecida en el Ley 71 de 1988.

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

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

Afirmó que por disposición normativa los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003 se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 91 de 1989 y Ley 71 de 1988 para el reajuste de las pensiones; luego, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, se reajusta la prestación al índice de precios al consumidor. En consecuencia, dado que el actor fue vinculado antes del 27 de junio de 2003, el régimen que se debe aplicar es el previsto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Insistió que conforme a lo previsto en los artículos 40 y 41 del Decreto 692 de 1994 y la sentencia C-432 de 2004, si bien existe dos regímenes pensionales, a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 se les debe aplicar la Ley 71 de 1988, reajustando la pensión al salario mínimo legal mensual vigente.

Solicitó inaplicar con efectos inter partes los actos administrativos demandados conforme lo prevé el artículo 4 de la Constitución Política y 148 de CPACA, por vulnerar los artículos 48 y 53 de la Carta Política y 1° de la Ley 71 de 1988; y con base en el artículo 91 del CPACA

aludió a la eficacia del acto administrativo y, en consecuencia, al reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Finalmente, reprochó la condena en costas impuesta en primera instancia, al considerar que, para su imposición, deben cumplirse unos requisitos determinados en los artículos 361 y 365 del CGP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

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

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: presentó alegatos de conclusión relacionados con el tema de la reliquidación de la pensión docente con la inclusión en el IBL de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios al momento de la adquisición del estatus.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

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

Lo probado

- Que mediante la Resolución nro. 0916-6 del 6 de febrero de 2015 se reconoció la pensión de jubilación a la demandante por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en cuantía de $2.278.692 (fol. 16 y 17)

➢ Se elevó solicitud ante la demandada con la finalidad que se reconociera y pagara el reajuste de la pensión de jubilación de los años 2015 a 2017, tomando como base para el reajuste el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente del año inmediatamente anterior, cuando este reajuste fuera superior al IPC (fol. 18 a 22 C.1).

➢ Que mediante la Resolución nro. 1746-6 del 9 de febrero de 2018 se negó el reconocimiento y pago del incremento periódico de las pensiones conforme al aumento fijado por el Gobierno Nacional para el salario mínimo a la docente Alba Lucía Vargas de Franco (fol. 14 y 15 C.1).

Solución al problema jurídico

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

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

Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; así mismo, se garantiza como un derecho irrenunciable; servicio prestado por entidades públicas y privadas que brindan 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[1], tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y la comunidad en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

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

> *El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley,* ***se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional,*** *conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*
> *Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.*

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

El artículo 1º de la Ley 4 de 1976 determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto del Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustaría 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 1º de la Ley 71 de 1988[2] precisó que las pensiones referidas en el artículo 1º de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían

[1] http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1
[2] 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 fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

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

> *La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el 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 del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tuvieran 10 años o más de afiliación en una o varias de las entidades y 50 años o más de edad si era varón o 45 años o más si era mujer, a quienes continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados del sistema integral de seguridad social contenido en esa norma, quedando contemplado, entre otros,

---

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

el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; y señaló que estas excepciones no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones con 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.***

Concerniente al reajuste de las pensiones el régimen general de pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de1993 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 1994[3] donde señaló:

> *Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales,*

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

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:

"Año Inflación Salario mínimo

1983 16.64 22%
1984 18.28 22%
1985 22.45 20%
1986 20.95 24%
1987 24.02 22%
1988 28.12 25%
1989 26.12 27%
1990 32.36 26%
1991 26.82 26.07%

> *1992 25.13 26.04%*
> *1993 22.6 21.09%"*
>
> *"Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.*
>
> *Así las cosas, no le asiste razón al demandante,* ***pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.***
>
> *De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada.*

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

De otro lado, la Ley 238 de 1995[4] 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 parágrafo:*
>
> *"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los* ***beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.***

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,

[4] Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

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 del Honorable Consejo de Estado[5] 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.° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[...]*
>
> *En esas condiciones, **no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que***

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

> ***reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.***
>
> *Conclusión:* ***Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.***
>
> ***De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.***

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

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

> ***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 Indice 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 salarió 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 salarió mínimo, como son "satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo"[95].*
>
> *Por lo tanto,* ***se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.***
>
> *[...]*
>
> *Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio* ***margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.***

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

Conclusiones

En ese orden de ideas considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos

normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón a la accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar según el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, esto es, conforme al salario mínimo, y no de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

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

Por lo anterior, se confirmará en este aspecto la sentencia de primera instancia que data del 7 de mayo de 2019.

Costas en primera instancia

Refutó la parte actora la condena en costas impuesta en el fallo del 7 de mayo de 2019, al considerar que, si bien resultó vencida en primera instancia, no se cumplió lo determinado en el artículo 365 del CGP, y es lo relativo a que solo habrá lugar a imponer las costas cuando aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Al respecto debe precisarse que esta Sala de Decisión desde la expedición de la Ley 1437 de 2011 ha acogido el criterio objetivo valorativo para efectuar el análisis de la condena en las costas, en el cual no entra en juego la conducta procesal asumida por las partes, sino que simplemente se examina cuál fue la parte vencida, y además si las costas se causaron dentro del trámite judicial.

En este orden de ideas, y al descender al caso particular, debe precisarse que en atención el criterio objetivo lo procedente era determinar al momento de aplicar el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 cuál había sido la parte vencida en juicio, y en este caso, de acuerdo a la sentencia de primera instancia, lo fue la parte actora.

Sin embargo, debe precisarse que aunque el criterio para la condena en costas acogido sea el objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas; análisis que sí se echa de menos en la providencia de primera instancia, pues en esta simplemente se plasmó que con apoyo en

el artículo 188 se condenaba en costas, fijando como agencias en derecho la suma de $150.000, e indicando que las mismas se liquidarían por la Secretaría de acuerdo al artículo 366 del Código General del Proceso.

Para esta Sala una imposición de costas así le impide a la parte condenada ejercer el derecho de defensa, pues no sabría por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión.

Por lo anterior, en este aspecto la sentencia de primera instancia deberá ser revocada.

Costa en segunda instancia

No hay lugar a imposición en costas en esta instancia, en razón a que el fundamento de la revocatoria parcial de la sentencia se deduce de una omisión del juez y no de una actuación de las partes.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia proferida el 7 de mayo de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **ALBA LUCÍA VARGAS DE FRANCO** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** de conformidad con las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

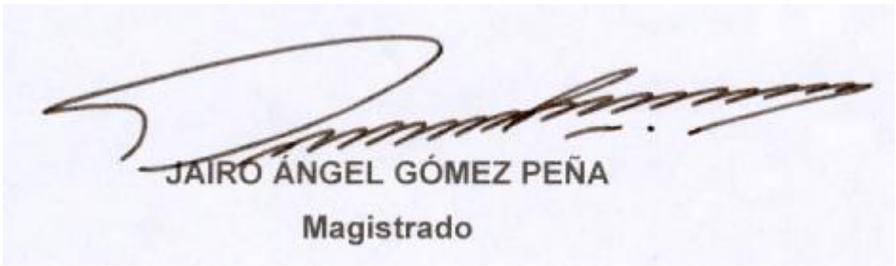
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por lo brevemente expuesto.

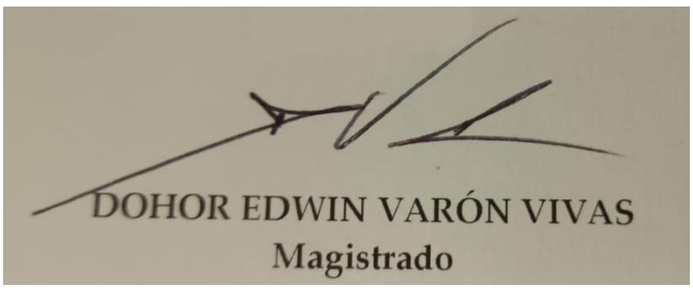
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 13 de agosto de 2020 conforme Acta nº 039 de la misma fecha

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado


JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

PROCESO NO.	**17001-33-33-001-2018-00375-02**
CLASE	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**GUSTAVO DE LA CRUZ MEJÍA ACEVEDO**
ACCIONADO	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Se encuentra el proceso de la referencia a despacho para proferir sentencia de segunda instancia. Sin embargo, se hace necesario decretar una prueba de oficio en aras de esclarecer si el demandante se encuentra retirado o no del servicio docentes, y en consecuencia los factores devengados o en el año anterior a la adquisición del status pensional o en el año de retiro según sea el caso.

Por lo anterior, con fundamento en el artículo 213 del CPACA, por la secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas líbrese oficio con destino a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS para que en un término no superior a cinco (5) días, contados a partir del momento en que reciba el oficio correspondiente, remita con destino a este proceso certificación donde se indique con claridad si el señor GUSTAVO DE LA CRUZ MEJÍA ACEVEDO identificado con cédula de ciudadanía n° 4.445.798 se encuentra activo o retirado del servicio docente. En caso de que se encuentre retirado deberá allegar copia del acto administrativo por medio del cual se retira del servicio docente.

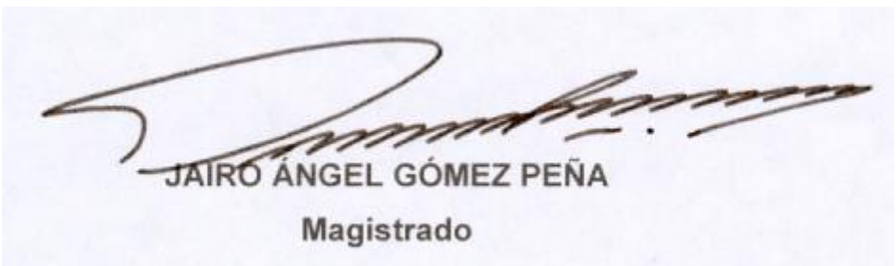
De igual forma deberá allegar certificación donde se indiquen los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional si aún se encuentra en el servicio activo, o del último año de servicios si se encuentra retirado del servicio docente.

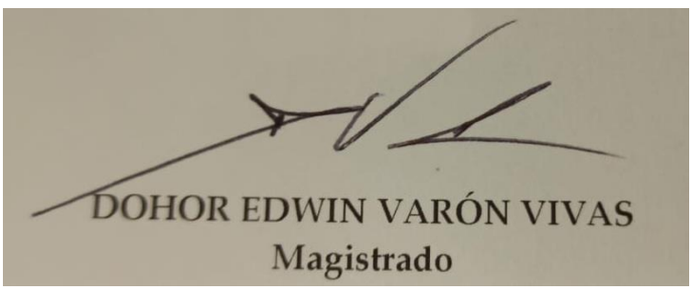
Una vez recibida la prueba solicitada, sin necesidad de auto que lo ordene, córrase traslado a las partes de esta prueba.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 13 de agosto de 2020 conforme Acta nº 039 de la misma fecha.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Sentencia 133
Segunda Instancia

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

RADICADO	**17001-33-33-002-2018-00112-02**
MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**MARÍA HERMELINA ADARVE HOLGUÍN**
ACCIONADO	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 27 de mayo de 2019.

PRETENSIONES

1. Que es nula la Resolución nro. 2206-6 del 2 de marzo de 2018 por medio de la cual no se ajustó a la demandante con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación por retiro definitivo del servicio.

2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague en la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación por retiro definitivo del servicio un ajuste tomando como base para ello el 75% del salario promedio devengado por la demandante durante el último año de servicios con inclusión de todos los factores salariales como son bonificación mensual y prima de servicios.

3. Condenar a la entidad demandada a pagar a favor de la accionante la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación por retiro definitivo del servicio a partir del 31 de

marzo de 2016, en cuantía de $2.624.913, hasta que se haga efectivo el pago; en consecuencia, se ordene pagar la diferencia no pagada entre la reliquidación de la pensión liquidada y la que debe reconocerse al restablecer el derecho desde la fecha ya indicada.

4. Los pagos a que se refieren estas peticiones se harán a partir de la fecha en que la señora María Hermelina Adarve Holguín, le aceptaron la renuncia por retiro definitivo del servicio, y en consideración al valor que tuvieran al momento de hacerse efectivos los pagos, de conformidad con el IPC.

5. Que se condene a las partes demandadas al cumplimiento del fallo que como resultado se profiera en el presente proceso, de acuerdo con los artículos 192 y 195 del CPACA.

6. Que se condene a las partes demandadas en costas y agencias en derecho en los términos del artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- A la demandante le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución nro. 5188 del 1° de septiembre de 2010.

- A través de Resolución nro. 2307-6 del 16 de marzo de 2016, se le aceptó la renuncia. En consecuencia, se le reliquidó su pensión a través de Resolución nro. 10625-6 del 27 de diciembre de 2016, con una mesada por valor de $2.504.358, efectiva a partir del 31 de marzo de 2016.

- Resaltó que en la reliquidación de su pensión no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (1° de abril de 2015 al 31 de marzo de 2016), como lo es la prima de servicios y la bonificación mensual.

- El día 6 de febrero de 2018 se solicitó a la entidad demandada el ajuste de la reliquidación de la pensión por retiro definitivo con la incorporación en el IBL de todos los factores salariales percibidos en el año anterior a su desvinculación, solicitud que fue resuelta de manera negativa a través de Resolución nro. 2206-6 del 2 de marzo de 2018.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Acto Legislativo 01 de 2005; Constitución Política artículos 2, 4, 5, 6, 13, 20, 46, 48 y 53; CPACA artículos 3, 13, 66 y 138; Ley 91 de 1989; artículo 6 de la Ley 60 de 1993; Ley 33 de 1985; artículo 29 y 36 de la Ley 100 de 1993; Ley 115 de 1994; Ley 812 de 2003.

Afirmó que a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les deben aplicar las normas vigentes antes de entrar en vigor la norma, Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978, las cuales dan derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año de servicios, con inclusión de todos los factores salariales percibidos en ese mismo periodo. Pese a ello, la entidad demandada determina que los únicos factores a incluir en la liquidación de la pensión son la asignación básica y las horas extras.

Resaltó que el Consejo de Estado unificó jurisprudencia sobre el tema, y dejó claro que el objetivo de la nueva tesis es garantizar los principios de igualdad, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad, lo que permite incluir en el IBL de la pensión todos los factores salariales devengados por el servidor público, en los que claramente están incluidos los del ramo docente, nacionales o nacionalizados, en el año anterior al retiro del servicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario: a**dujo que según la Ley 715 de 2001 la administración del servicio educativo ya no es nacionalizada sino descentralizada en cada una de las entidades territoriales, es decir, en los municipios y departamentos; y de igual manera la Ley 91 de 1989 atribuyó a las entidades territoriales las prestaciones sociales del personal nacionalizado.

Que el Decreto 2831 de 2005 estipula que el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales será efectuado por las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, quienes elaboran y remiten el acto administrativo a la Fiduciaria La Previsora, quien administra los recursos del fondo, y por ello debe ser vinculada al presente proceso al igual que la entidad territorial, en este caso, el Municipio de Manizales.

- **Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación: h**izo alusión a que la competencia de administrar las plantas de personal de docentes vinculados a las entidades, por ser nominadoras, se encuentra en cabeza de las entidades territoriales certificadas en educación, ya que el Ministerio de Educación según la Ley 715 de 2001 solo se encarga de establecer las políticas educativas, y por ello no presta el servicio educativo ni administra plantas de personal docente.

- **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: haciendo referencia al** procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo del fondo según el Decreto 1075 de 2015, indica que no existe relación de causalidad o vínculo entre la entidad y el derecho solicitado por el docente, ya que el trámite está en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria.

- **Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica: m**anifestó que no hay lugar a incluir en el IBL de la pensión el factor de prima de servicios y bonificación por servicios prestados, por cuanto el mismo no fue creado a favor de los docentes según la Ley 91 de 1989.

- **Prescripción: señaló** que se debe declarar la prescripción de los derechos que superen el lapso de 3 años desde que se hizo exigible la obligación, según el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969.

- **Buena fe: h**izo énfasis en que, la entidad no ha obrado con el ánimo de desconocer los derechos prestacionales, sino con estricto apego a la ley aplicable al caso.

- **Genérica: p**idió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el curso del proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 27 de mayo de 2019, negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si la demandante tenía derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores a la adquisición del estatus jurídico de pensionado o al retiro definitivo del servicio.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de que a las entidades territoriales respectivas las corresponda expedir los actos administrativos correspondientes.

Explicó que, dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 25 de abril de 2019, con base en la cual solo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 62 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado.

De conformidad con lo anterior, consideró la *a quo* que no le asistía razón a la parte demandante en solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues los factores reclamados y devengados en el año previo al retiro definitivo del servicio se encontraban por fuera de los establecidos en la Ley 62 de 1985.

Finalmente, condenó en costas de primera instancia a la parte demandante, y fijó agencias en derecho por valor de $127.415.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible a folios 137 a 141 del cuaderno 1.

Adujo que la juez no evaluó de manera adecuada varias pruebas allegadas al expediente, para de esta forma solucionar el conflicto y mantener el imperio de la ley en consonancia con la verdad procesal.

Insistió en que la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión por retiro definitivo del servicio con la inclusión de todos los factores salariales como son la prima de servicios y la bonificación mensual, ya que está acreditado que la demandante ingresó al servicio educativo antes de la Ley 812 de 2003, y que de conformidad con las normas que le aplican a su caso, se deben incluir en el IBL todos los factores salariales percibidos en el año de retiro.

Advirtió que se realizó un análisis errado de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, ya que la misma no es aplicable a los docentes. Y en relación con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, indicó que este no era el precedente vigente al momento de presentar la demanda.

Finalmente, sobre el tema de las costas, solicitó se revoque la decisión, en atención a que la demanda se presentó con fundamento en la tesis que sobre el tema había expuesto el Consejo de Estado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada: no presentó alegatos de conclusión.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos

1. ¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora María Hermelina Adarve Holguín con inclusión en el IBL de la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo de la docencia?

Lo probado

- Según formato de expedición de historia laboral, la accionante fue nombrada como docente a través de Decreto 217 del 6 de marzo de 1975, y se posesionó como docente el día 8 de marzo de 1975 (fol. 23).

- Mediante Resolución nro. 5188 del 1° de septiembre de 2010 se reconoció y ordenó pagar una pensión de jubilación a la demandante en cuantía de $1.954.898, efectiva a partir del 2010/02/10. La base de liquidación se conformó con los factores de sueldo mensual, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad devengados en el año de estatus (fol. 19 y 21).

- A través de Resolución nro. 2307-6 del 16 de marzo de 2016, se aceptó la renuncia de la demandante como docente a partir del 31 de marzo de 2016 (fol. 20).

- A la señora María Hermelida Adarve Holguín se le reliquidó una pensión de jubilación a través de la Resolución nro. 10625-6 del 27 de diciembre de 2016 en cuantía de $2.504.358, a partir del 31-03-2016. El monto de su pensión fue equivalente al 75% de un IBL conformado por el sueldo mensual, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual percibidas en el año anterior al retiro del servicio (fol. 22).

- Conforme al certificado de salarios visible a folios 25 y 26, la señora Adarve Holguín en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio (30 de marzo de 2015 al 31 de marzo de 2016) devengó: asignación básica, bonificación mensual (1° de junio/14- 31 diciembre/15), prima de vacaciones, prima de servicios, prima de alimentación y prima de navidad.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003[1], que reguló dos eventos:

[1] "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario".

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

ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia 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.

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º lo siguiente:

> ***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.*** *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

> ***ARTÍCULO 15.*** *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

> *Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*
>
> *2. Pensiones: [...]*
>
> *B. **Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.*** [...] (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo consignado en el formato único para la expedición de certificado de historia laboral, la señora demandante prestó sus servicios en el ramo de la educación desde el 08/03/1975, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019[2], en la que indicó que *«El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados[3], y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985[4]»*

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *«El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual*

---

[2] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

[3] Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

[4] Cita de cita: "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio».

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicios. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla[5] y primera subregla[6] establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018[7], relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *«La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985».*

---

[5] De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: "**El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985**" (negrilla es del texto).

[6] Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:
"**La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:
- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.".

[7] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *«En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo»*.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

> ***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.*

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través

de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Adarve Holguín le reconocieron pensión de jubilación, en cuya reliquidación se incluyeron la asignación básica mensual, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual, según Resolución 10625-6 del 27 de diciembre de 2016.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la totalidad de factores salariales devengados en el año de retiro, pero lo cierto es que según el certificado de factores salariales solo estaría por fuera del IBL la prima de servicios.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, respecto de la prima de servicios, pues no puede tomarse como factor salarial, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes.

En efecto, el Decreto 1545 de 2013 que creó la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación,

únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

De otro lado, debe aclarar la Sala que pese a que en la Resolución nro. 10625-6 del 27 de diciembre de 2016 se tuvo en cuenta la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual percibidas en el año de retiro del servicio para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este juez no tiene competencia, ya que la demanda solo pretende la nulidad por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría vulnerar el principio de congruencia externa, y como lo sostuvo el Consejo de Estado[8] no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

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 reliquide su pensión con la inclusión de la prima de servicios, que es el único factor de los devengados en el último año de servicios que no está incluido en el IBL de la pensión según la Resolución nro. 10625-6 del 27 de diciembre de 2016.

Por ello la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto.

Costas de primera instancia

La parte demandante en el recurso de apelación expuso que no hay lugar a condenar en costas, en atención a que la tesis expuesta por el Consejo de Estado sobre el tema, al momento de presentar la demanda, tuvo un cambio jurisprudencial.

En lo respecta al tema de costas en materia pensional y específicamente de los docentes,

[8] Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

el Tribunal ha sostenido una postura uniforme consistente en abstenerse de condenar por ese concepto, aduciendo que las demandas fueron interpuestas en vigencia de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, con base en la cual las pretensiones hubieran salido avantes.

Con base en el anterior criterio, esta Corporación considera que la sentencia recurrida debe ser revocada en lo relativo a la condena en costas de primera instancia.

Costas de segunda instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época, tal como se dejó expuesto en el punto anterior.

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

FALLA

Primero: REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia del 27 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MARÍA HERMELINA ADARVE HOLGUÍN** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en el sentido de no condenar en costas en primera instancia a la parte demandante, por lo brevemente expuesto en este fallo.

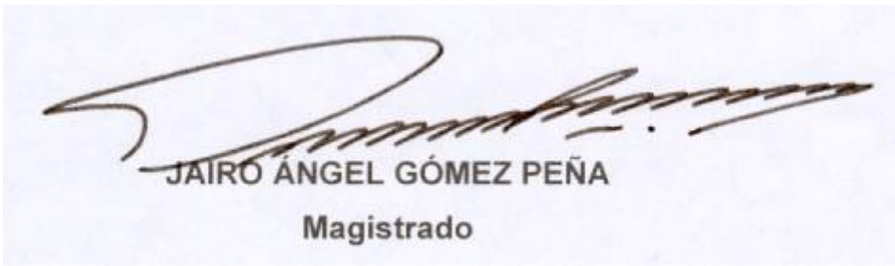
Segundo: En lo demás, **CONFÍRMASE** la providencia recurrida, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

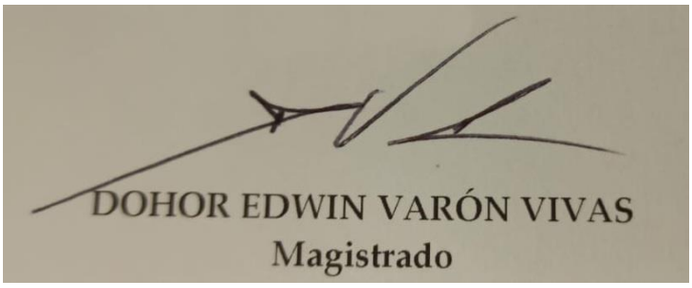
TECERO: NO SE CONDENA EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA por lo expuesto en la parte considerativa.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 13 de agosto de 2020 conforme Acta nº 039 de la misma fecha





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Sentencia 134
Segunda Instancia

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

RADICADO	**17001-33-33-001-2018-00143-02**
MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**LUCIA HINCAPIÉ MUÑOZ**
ACCIONADO	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 12 de junio de 2019.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 3335-6 del 5 de mayo de 2017, en cuanto reconoció y/o reliquidó la pensión de jubilación y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios al momento del retiro definitivo de la docencia.

2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 30 de diciembre de 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento del retiro definitivo de la docencia, que son los que constituyen la base de la reliquidación pensional.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 30 de diciembre de 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento del retiro definitivo de la docencia, que son los que constituyen la base de la liquidación de la pensión.

2. Que del valor reconocido se descuente lo que fue reconoció y cancelado en virtud de la Resolución nro. 3335-6 del 5 de mayo de 2017, que reconoció y/o reliquidó la pensión de jubilación.

3. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que sobre el momento inicial de la pensión aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la ley.

4. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

5. Que se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.

6. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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 decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo tomando como base la variación del IPC.

7. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

8. Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

9. Que de las sumas que resultaren a favor de la demandante se descuente lo cancelado en virtud de la resolución que reconoció el derecho a la pensión de jubilación proferida por la entidad.

HECHOS

- La demandante laboró más de veinte años al servicio de la docente oficial, por lo que al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- La base de la liquidación pensional incluyó en su momento solo la asignación básica, y dejó por fuera del IBL la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos en el año anterior al cumplimiento del estatus de pensionado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1° de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional de los docentes depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudirse a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, tal como lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Manifestó que, en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes en el último año de servicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que los actos demandados se ajustan a derecho.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario: a**dujo que según la Ley 715 de 2001 la administración del servicio educativo ya no es nacionalizada sino descentralizada en cada una de las entidades territoriales, es decir, en los municipios y departamentos; y de igual manera la Ley 91 de 1989 atribuyó a las entidades territoriales las prestaciones sociales del personal nacionalizado.

Que el Decreto 2831 de 2005 estipula que el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales será efectuado por las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, quienes elaboran y remiten el acto administrativo a la Fiduciaria La Previsora, quien administra los recursos del fondo, y por ello debe ser vinculada al presente proceso al igual que la entidad territorial, en este caso, el Municipio de Manizales.

- **Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación: h**izo alusión a que la competencia de administrar las plantas de personal de docentes vinculados a las entidades, por ser nominadoras, se encuentra en cabeza de las entidades territoriales certificadas en educación, ya que el Ministerio de Educación según la Ley 715 de 2001 solo se encarga de establecer las políticas educativas, y por ello no presta el servicio educativo ni administra plantas de personal docente.
- **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: refirió el procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo del fondo según el Decreto 1075 de 2015, para indicar que no existe relación de causalidad o vínculo entre la entidad y el derecho solicitado por el docente, ya que el trámite está en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria.

- **Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica: m**anifestó que no hay lugar a incluir en el IBL de la pensión el factor de prima de servicios, por cuanto el mismo no fue creado a favor de los docentes según la Ley 91 de 1989.

- **Prescripción: a**dujo que se debe declarar la prescripción de los derechos que superen el lapso de 3 años desde que se hizo exigible la obligación, según el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969.

- **Buena fe: h**izo énfasis en que la entidad no ha obrado con el ánimo de desconocer los derechos prestacionales, sino con estricto apego a la ley aplicable al caso.

- **Genérica: p**idió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el curso del proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 12 de junio de 2019, negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico si la demandante tenía derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios con inclusión de la totalidad de factores salariales percibidos en ese mismo lapso.

En primer momento se pronunció sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual declaró no probada.

En relación con el fondo del asunto, tras hacer un recuento normativo que incluyó la Ley 91 de 1989, la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985, La ley 60 de 1993, la Ley 100 de 1993, la Ley 812 de 2003 así como la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de

Estado, concluyó que la accionante no tenía derecho al reajuste de su pensión con la inclusión de la prima de servicios, en tanto este factor no estaba enlistado entre los rubros que deben hacer parte del IBL de la pensión de jubilación, al tenor de la Ley 62 de 1985.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible a folios 207 a 214 del cuaderno 1.

Sostuvo que, aunque el fallo recurrido se basó en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 en la que se estableció la base de liquidación de las pensiones de los docentes, debe tenerse en cuenta que la reclamación administrativa, la conciliación prejudicial y la demanda se presentaron con fundamento en la posición que el Máximo Tribunal Administrativo tenía para el momento según la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2010.

Por ello, solicitó que en desarrollo de lo que la jurisprudencia ha denominado como confianza legítima en la administración de justicia y por respeto al principio de seguridad jurídica, el proceso sea resuelto conforme al precedente que existía para el momento en el cual fue radicada la demanda.

En tal sentido aseguro que los docentes vinculados al fondo que ingresaron con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados, y por ello la pensión debe reconocerse con la totalidad de factores percibidos en el año de retiro del servicio.

Pidió entonces se revoque la sentencia de primera instancia, y que se aplique el precedente judicial que sobre el tema estableció el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 y que era el vigente al momento de instaurar la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: reiteró los planteamientos expuestos en el recurso de apelación, particularmente el relacionado con el principio de seguridad jurídica y la confianza legítima.

Parte demandada: no presentó alegatos de conclusión.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos

- ¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Lucia Hincapié Muñoz con inclusión en el IBL de la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo de la docencia?

Lo probado

- En la Resolución nro. 3335-6 del 5 de mayo de 2017 que reliquidó la pensión de jubilación reconocida a la accionante a través de Resolución nro. 5565 del 14-07-2016, se indica que se retiró del servicio según Resolución 10193-6 del 14-12-2016 a partir del 31 de diciembre de 2016 (fol. 19 C.1).

- A la señora Lucia Hincapié Muñoz se le reajustó una pensión de jubilación a través de la Resolución nro. 3335-6 del 5 de mayo de 2017 en cuantía de $2.376.808 a partir del 30-12-2016. El monto de su pensión fue equivalente al 75% de un IBL conformado por el salario básico mensual, la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y bonificación mensual (fol. 19 y 20).

- Conforme al certificado de salarios visible a folio 20, la señora Hincapié Muñoz devengó en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio (1° de enero al 31 de diciembre de

2016) asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual docente y prima de vacaciones.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003[1], que reguló dos eventos:

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

ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia 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.

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º lo siguiente:

> ***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.*** *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

[1] "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario".

> ***ARTÍCULO 15.*** *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*
>
> *Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*
>
> *2. Pensiones: [...]*
>
> *B.* ***Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.*** [...] (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, aunque no se allegó la prueba de la fecha de vinculación de la demandante, en la fijación de litigio se tuvo como un hecho probado y aceptado por las partes que la accionante, al retirarse del servicio el 31 de diciembre de 2016, se había vinculado antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, sin que las partes presentaran objeción alguna frente a este tema.

Por ello, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019[2], en la que indicó que *«El régimen pensional para los servidores públicos*

[2] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados[3], y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985[4]»

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *«El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio»*.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicios. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla[5] y primera subregla[6]

---

[3] Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.
[4] Cita de cita: "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".
[5] De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: "**El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985**" (negrilla es del texto).
[6] Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:
"**La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:
- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión,

establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018[7], relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *«La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985»*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *«En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo»*.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

> ***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*

---

actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.".

[7] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Hincapié Muñoz le reajustaron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación, según Resolución 3335-6 del 5 de mayo de 2017.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la totalidad de factores salariales devengados en el año de retiro, pero lo cierto es que según el certificado de factores salariales solo estaría por fuera del IBL la prima de servicios.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el

artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, respecto de la prima de servicios, pues no puede tomarse como factor salarial dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes.

En efecto, el Decreto 1545 de 2013 que creó la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

De otro lado, debe aclarar la Sala que pese a que en la Resolución nro. 3335-6 del 5 de mayo de 2017 se tuvo en cuenta la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual percibidas en el año de retiro del servicio para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este juez no tiene competencia ya que la demanda solo pretende la nulidad por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría vulnerar el principio de congruencia externa, y como lo sostuvo el Consejo de Estado[8] no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Conclusión

[8] Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

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 reliquide su pensión con la inclusión de la prima de servicios, que es el único factor de los devengados en el último año de servicios que no está incluido en el IBL de la pensión según la Resolución nro. 3335-6 del 5 de mayo de 2017, y por ello, la sentencia de primera instancia será confirmada.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse 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 PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,** administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **LUCIA HINCAPIÉ MUÑOZ** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

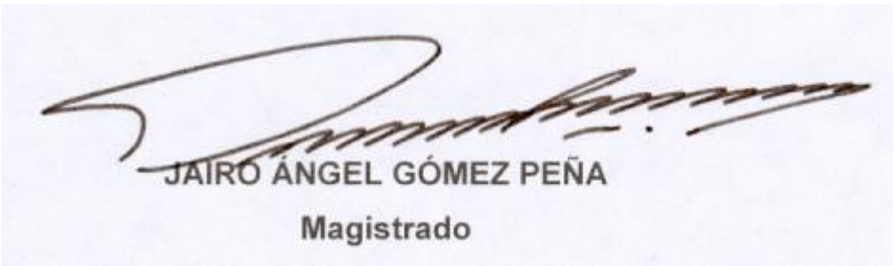
SEGUNDO: NO SE CONDENA EN COSTAS por lo brevemente expuesto en la parte considerativa.

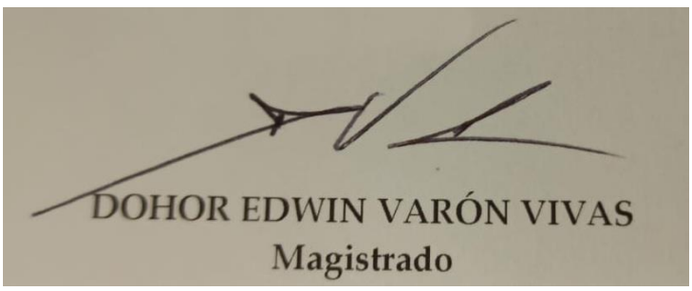
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *"Justicia Siglo XXI"*.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el xxxx13 de agosto

de 2020 conforme Acta nº 039 de la misma fecha.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Sentencia 138
segunda instancia

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

RADICADO	**17-001-33-33-003-2018-00021-02**
MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**MARÍA CÉLIDA PÉREZ PÉREZ**
ACCIONADO	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 16 de mayo de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Solicitó declarar la nulidad de la Resolución nro. 5432-6 del 19 de julio de 2017 por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a que tiene derecho como docente que por ser vinculado en fecha posterior a 1980 no pueden causar pensión gracia o ser de vinculación nacional, de acuerdo a lo establecido el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. Se declare que la demandante tiene derecho a que le reconozcan y paguen la prima de mitad de año referida anteriormente.

3. Se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas por concepto de la presente condena.

4. Se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

5. Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

HECHOS

- La señora Pérez Pérez prestó sus servicios como docente, nombrada mediante el Decreto nro. 0206 del 3 de marzo de 1981; se posesionó el día 17 de marzo de 1981.

- Mediante Resolución nro. 5185 del 1° de septiembre de 2010 le fue reconocida una pensión de jubilación a partir del 9 de mayo de ese mismo año.

- Mediante petición radicada el 30 de junio de 2017 la actora solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1991, la cual fue negada mediante Resolución nro. 5432-6 del 19 de julio de 2017.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2 literal b.

Explicó que los docentes que no fueron acreedores de una pensión gracia cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año otorgada por la Ley 91 de 1989; derecho que a pesar de estar consagrado en la ley nunca ha sido reconocido y pagado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aclaró que, si bien es cierto, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados a quienes se les aplica la Ley 100 de 1993, esta no tiene relación con la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989. Por ello, el Acto Legislativo nro. 01 de 2005 extinguió la mesada 14 de que trata la Ley 100 de 1993, y por tanto no tiene relación con la mesada adicional de los docentes a la que sí tiene derecho la demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que considera que los actos demandados se ajustan a derecho.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario: a**dujo que según la Ley 715 de 2001 la administración del servicio educativo ya no es nacionalizada sino descentralizada en cada una de las entidades territoriales, es decir, en los municipios y departamentos; y de igual manera la Ley 91 de 1989 atribuyó a las entidades territoriales las prestaciones sociales del personal nacionalizado.

Que el Decreto 2831 de 2005 estipula que el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales será efectuado por las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, quienes elaboran y remiten el acto administrativo a la Fiduciaria La Previsora, quien administra los recursos del fondo, y por ello debe ser vinculada al presente proceso al igual que la entidad territorial, en este caso, el Municipio de Manizales.

- **Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional:** hizo alusión a que la competencia de administrar las plantas de personal de docentes vinculados a las entidades, por ser nominadoras, se encuentra en cabeza de las entidades territoriales certificadas en educación, ya que el Ministerio de Educación según la Ley 715 de 2001 solo se encarga de establecer las políticas educativas, y por ello no presta el servicio educativo ni administra plantas de personal docente.

- **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: e**l procedimiento y reconocimiento de las prestaciones de los docentes está en cabeza de las entidades territoriales, de suerte que la Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales no interviene en el trámite del reconocimiento de los derechos de los docentes, por lo que no fue quien expidió el acto cuya nulidad se depreca.

- **Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:** que no le asiste derecho a la demandante de reclamar el reconocimiento de la prima de mitad de año.

- **Prescripción**: solicitó declarar la prescripción de todos los derechos económicos reclamados que superen el lapso de 3 años desde que se hizo exigible la obligación, al tenor de lo establecido en el Decreto 3135 de 1968.

- **Buena fe:** que en caso de que se reconozcan derechos a la demandante se debe tener en cuenta que la entidad actúo de buena fe en el reconocimiento pensional, con apego a las normas que regulan el reconocimiento pensional.

Departamento de Caldas: en relación con los hechos adujo que algunos eran ciertos, que otros no lo eran y que otros no eran hechos. Seguidamente se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Propuso como excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva: a**dujo que la entidad no tiene competencia ni está autorizada para desembolsar dineros ni reconocer derechos, ya que esta función radica en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales que es la que se encarga de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones de los docentes y directivos docentes, de conformidad con la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

- **Inaplicabilidad de las normas que alega la parte demandante e inexistencia del derecho reclamado: e**xplicó que si bien es cierto la Ley 91 de 1989 en su artículo 15, numeral 2, literal b) determinó que los docentes que se nombren a partir del 1° de enero de 1990 además de la pensión de jubilación tienen derecho a una prima de medio año, también lo es que de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional dicha prima es igual a la mesada catorce contenida en la Ley 100 de 1993, y de acuerdo al Acto Legislativo nro. 01 de 2005 las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año.

En tal sentido la parte demandante aplica de manera errada la norma y desconoce los pronunciamientos jurisprudenciales y judiciales que son claros en afirmar que dicha prima de mitad de año tiene la misma finalidad de la mesada 14 creada por la Ley 100 de 1993, y por ende desconoce la razón de ser del Acto Legislativo nro. 01 de 2005.

- **Buena fe: señaló que** existen circunstancias eximentes de responsabilidad, como quiera que, de acuerdo al trámite establecido en la ley, en los pagos de prestaciones sociales en

el régimen excepcional de los docentes el Departamento de Caldas siempre ha obrado con el correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos establecidos en la ley.

- **Prescripción: que e**n caso de acceder a las suplicas de la demanda solicitó aplicar la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y Decreto 3135 de 1965.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 16 de mayo de 2019 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico, si la parte demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2 en su condición de pensionada del magisterio.

En primer momento declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Caldas, de conformidad con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

Tras hacer un recuento normativo que incluyó los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, concluyó que esta norma derogó la mesada 14 al igual que el régimen pensional de los docentes, y por tanto las personas que adquieran el derecho a la pensión a partir de la vigencia de este acto legislativo, esto es 25 de julio de 2005, no tienen derecho a percibir la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues solo serían beneficiarios quienes adquieran ese derecho antes del 31 de julio de 2011, siempre que el monto de la pensión sea igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al descender al caso concreto advirtió que la demandante se vinculó el 17 de marzo de 1981, y adquirió el estatus pensional el 9 de mayo de 2010, en tal sentido infirió que no tenía derecho a lo solicitado, ya que adquirió el estatus con posterioridad al 25 de julio de 2005, y su mesada era superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2010.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial visible a folios 106 a 113 del cuaderno 1.

Afirmó que al ser diferente la mesada catorce a la consagrada en la Ley 91 de 1989, el Acto legislativo nro. 01 de 2005 en nada cambió el régimen especial de los docentes amparados en dicha normativa, es decir, los vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como es el caso de la demandante.

En tal sentido, la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de sus apartes por el Acto Legislativo nro. 01 de 2005 y sigue vigente, y con fundamento en esto debe reconocerse la prima de mitad de año a los docentes que no tienen derecho a la pensión gracia, conforme al artículo 15 de la ley mencionada.

Por ello, se debe revocar el fallo de primera instancia, y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

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

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: guardó silencio.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la señora María Célida Pérez Pérez a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- La señora María Cédila Pérez Pérez ingresó como docente el 17 de marzo de 1981, nombrada mediante Decreto nro. 0206 del 10 de marzo de 1981 (fol. 22 C.1)

- Mediante Resolución nro. 5185 del 1° de septiembre de 2010 se reconoció y se ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora Pérez Pérez, efectiva desde el 2010/05/09 (fol. 19 y 20 C.1).

- Mediante petición del 30 de junio de 2017 la accionante solicitó ante las accionadas el reconocimiento de la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 (fol. 27 a 30 C.1)

- Mediante Resolución nro. 5432-6 del 19 de julio de 2017 se negó el reconocimiento de la mesada pensional 14 - prima de mitad de año- (fol. 33 C.1).

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003[1] que reguló dos eventos:

i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio

[1] "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario".

público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia 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.

El Acto Legislativo nº 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º, lo siguiente:

> ***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.*** *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

> ***ARTÍCULO 15.*** *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*
> *1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*
>
> *Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de*

> *1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*
>
> *2. Pensiones:[...]*
>
> *B. **Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.*** [...] (Negrillas fuera de texto)

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y Consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007[2], esgrimió:

> *2. La mesada adicional del mes de junio:*
>
> *2.1. Su origen y evolución:*
>
> *Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberles significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:*
>
> *"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán*

[2] CONSEJO DE ESTADO; SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL; Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo; Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007; Radicación No. 1.857; 11001-03-06-000-2007-00084-00

derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.
"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 199320, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."21

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."22

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes23, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente

por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados24; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 199527, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un parágrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y

del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"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".

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200428, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.
Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200529, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

*"1. **Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del***

sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1° de febrero de 2018 expuso[3]:

[3] Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Quinta; Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE; Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03252-00(AC)

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformatorio de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformatorio de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que "las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino

> *también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.*
>
> *A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), "la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales".*[45]
>
> *Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.*

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes de 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo nro. 01 del 2005; o que habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011 su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso identificado con radicado 17001-33-33-003-2017-00576-02.

Caso concreto

De acuerdo a lo probado en el expediente, la señora Pérez Pérez se vinculó al servicio docente el 17 de marzo de 1981 (fol. 22 C.1). Y mediante Resolución nro. 5185-6 del 1° de

septiembre de 2010 le fue reconocida una pensión de jubilación en cuantía de $2.454.230, por haber adquirido el status de pensionada el 2010/05/09.

Conforme a lo anterior, evidencia la Sala que la actora adquirió su status pensional después del 2005, y que su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo nro. 01 del 25 de julio de 2005.

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 le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se negaron las pretensiones.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no es procedente la condena en costas puesto que ninguna actuación en sede de segunda instancia se efectúo por parte de las accionadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

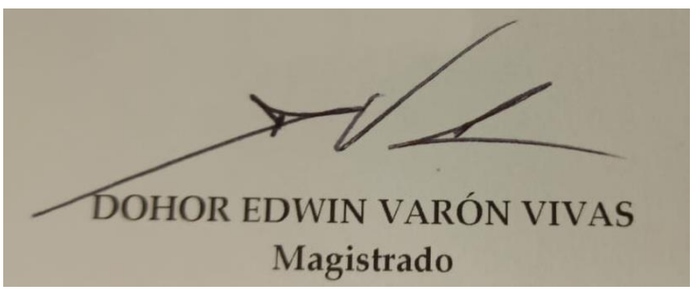
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **MARÍA CÉLIDA PÉREZ PÉREZ** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

SEGUNDO: NO SE CONDENA en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 13 de agosto de 220, según Acta nº 039 de la misma fecha.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

RADICADO	**17001-33-33-003-2018-00318-02**
MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**LUZ MARINA ECHEVERRY MEJÍA**
ACCIONADO	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

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

Por la Secretaría de esta Corporación, **OFÍCIESE** a la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales para que en un término no mayor a diez (10) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, remita con destino a este proceso certificación en la que se indique si la señora Luz Marina Echeverry Mejía, identificada con la cédula de ciudadanía 24.328.589, ya se retiró del servicio docente. En caso positivo, deberá informar en qué fecha, a través de qué acto administrativo se realizó la desvinculación, y qué factores salariales percibió en el último año de servicios. Si aún no se ha retirado del servicio, deberá certificar qué factores salariales recibió en el año 2010 y 2011.

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

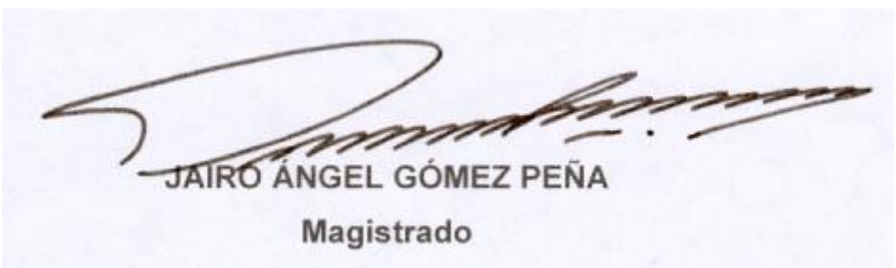
Para el traslado, en caso de que se aporte la respuesta por parte del Municipio de Manizales en documento físico, la misma se escaneará por la Secretaría de la Corporación para de esta manera darla a conocer a las partes.

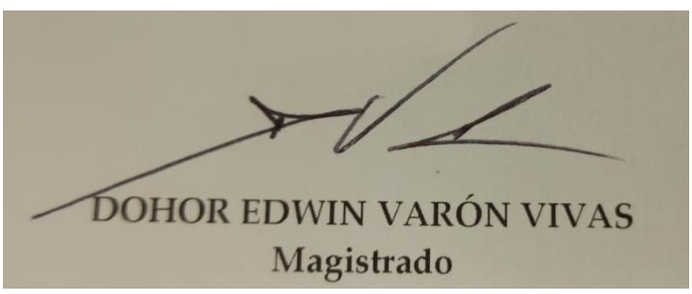
Se hace saber que el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadmincld@notificacionesrj.gov.co; y que toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 13 de agosto de 2020 conforme Acta nº 039 de la misma fecha





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Sentencia. 136
Segunda Instancia

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

PROCESO No.	**17-001-33-33-004-2018-00137-02**
CLASE	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**BLANCA GLORIA LÓPEZ MONTES**
ACCIONADO	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en audiencia inicial celebrada el 7 de marzo de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 1267-6 del 31 de enero de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la actora tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio del disfrute de la pensión de jubilación, es decir, desde el año 2008.

2. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

3. Condenar a la demandada en los términos del artículo 188 del CPACA.

4. Que en el evento de que se disponga la citación al trámite a la entidad territorial de la cual hace parte la Secretaría de Educación que expidió el acto administrativo, se resuelva su situación jurídica en el tema debatido en la respectiva sentencia.

HECHOS

- La señora Blanca Gloria López Montes al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión mediante la Resolución nro. 3518 del 29 de agosto de 2008 por valor de $1.739.611, la cual además reconoció que se tenía derecho al reajuste de la pensión de conformidad con la Ley 71 de 1988 y la Ley 238 de 1995, y que son disposiciones aplicables la Ley 6 de 1945; Ley 33 de 1985; Ley 91 de 1989; Ley 238 de 1995; Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003.

- Esbozó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de pagar la mesada pensional de la parte actora, y de realizar los ajustes anuales de incremento salarial desde el año 2008, fecha en que adquirió el estatus pensional, tomando el incremento para su ajuste conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; esto es, el incremento del índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior, sin tener en cuenta que dicho reajuste debe realizarse teniendo en cuenta el porcentaje establecido con base en el salario mínimo mensual legal vigente, conforme lo prevé la Ley 71 de 1988, por remisión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

- Mediante petición radicada el 2 de enero de 2018 se solicitó el reconocimiento y pago del reajuste de las mesadas pensionales de conformidad con la Ley 71 de 1988, solicitud que fue negada mediante Resolución nro. 1267-6 del 31 de enero de 2008.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró como violados los artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1° de la Ley 71 de 1988; Ley 238 de 1995; artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; y el 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 1988, así como el reajuste anual que luego se estableció por la Ley 100 de 1993, para indicar que la entidad demandada continuó aplicando la Ley 71 de 1988, amparada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que con la expedición de la Ley 238 de 1995 la accionada comenzó a reajustar 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.

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 los caracterizan.

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, y no ajustar las mesadas pensionales con el salario mínimo legal sino con el IPC.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo que no le constaban ninguno de los hechos de la demanda.

Como excepciones propone las que denominó:

- Omisión de requisito de procebilidad: hizo alusión a la vulneración a los derechos de defensa y al debido proceso previstos en el artículo 29 de la Constitución Política, ya que no se aportó con la demanda prueba de haberse agotado el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

- Falta de integración del contradictorio – litis consorcio necesario: consideró, con apoyo en las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993 y el Decreto 2831 de 2005, que el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del fondo se efectúa a

través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales y con el visto bueno de la fiduciaria, por lo que es procedente vincular al Departamento de Caldas y a la Previsora SA, esta última con soporte en el contrato de fiducia mercantil 0083 de 1990, lo que corrobora que la Nación – Ministerio de Educación no tiene injerencia alguna en este procedimiento.

- Vinculación de litisconsorte: solicitó la vinculación de la fiduciaria La Previsora SA en virtud del contrato mercantil 0083 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional.

- Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional: con base en lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 114 de 1994 y la Ley 715 de 2001, adujo que las competencias de la entidad en materia de educación se centran en ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del magisterio.

- Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: hizo alusión a los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por la accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última, con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Añadió que el Ministerio de Educación Nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación; no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma; no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento; no ordena el pago y no destina los recursos para cancelar las prestaciones.

- Inexistencia de causa por inexistencia de causa jurídica: Precisó que el ajuste de la pensión de jubilación es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y no el previsto en la Ley 71 de 1988. Además, señaló que la Ley 812 de 2003 integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogatoria tácita de la normativa anterior.

- Caducidad: con fundamento en el artículo 164 del CPACA resaltó que la demanda se radicó por fuera del término establecido en esta norma.

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

- Cobro de lo no debido: indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria y por tanto cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria debe contar con la respectiva apropiación presupuestal.

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

- Genérica: pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 7 de marzo de 2019, negó las pretensiones de la demanda, tras planearse como problema jurídico si tenía derecho la demandante a que se le reconociera y aplicara el incremento del salario mínimo legal mensual vigente como fórmula de reajuste anual de su mesada pensional conforme con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, quedando exceptuado del incremento previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en virtud de lo preceptuado en el artículo 279 de la mencionada ley.

La juez de instancia analizó la normativa que regula el asunto, como la Ley 71 de 1988, La Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, la Ley 238 de 1995, entre otras, para indicar que si bien los docentes afiliados al fondo de prestaciones se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas del sistema de seguridad social, lo cierto es que el reajuste pensional se rige por lo previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con la Ley 238 de 1995.

Citó jurisprudencia de las Altas Cortes para además concluir que el artículo 1° de la Ley 71 de 1988 tuvo vigencia hasta que comenzó a regir la Ley 100 de 1993.

Al descender al caso concreto infirió que debían negarse las pretensiones, pues la fórmula que instituyó el legislador para reajustar la pensión no constituye un derecho adquirido a favor de los pensionados, sino tan solo una mera expectativa que puede estar sujeta a modificaciones, y en este caso la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y dejó sin efectos el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló la sentencia mediante memorial que reposa de folio 91 a 105 del expediente.

Precisó sobre la excepción del régimen general de pensiones y su aplicación en armonía desde el principio de favorabilidad pensional, contemplado para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, bajo la previsión establecida en el Ley 71 de 1988.

Refirió los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que la disposición 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 los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003 se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 91 de 1989 y Ley 71 de 1988 para el reajuste de las pensiones; luego, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, se reajusta la prestación al índice de precios al consumidor. En consecuencia, dado que el actor fue vinculado antes del 27 de junio de 2003, el régimen que se debe aplicar es el previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

Insistió que conforme a lo previsto en los artículos 40 y 41 del Decreto 692 de 1994 y la sentencia C-432 de 2004 si bien existen dos regímenes pensionales, a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 se les debe aplicar la Ley 71 de 1989, reajustando la pensión al salario mínimo legal mensual vigente.

Solicitó inaplicar con efectos inter partes los actos administrativos demandados conforme lo prevé el artículo 4 de la Constitución Política y 148 de CPACA, por vulnerar los artículos 48 y 53 de la Carta Política y 1° de la Ley 71 de 1988; y con base en el artículo 91 del CPACA, aludió a la eficacia del acto administrativo, y en consecuencia al reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Finalmente, reprochó la condena en costas impuesta en primera instancia, al considerar que, para su imposición, deben cumplirse unos requisitos determinados en los artículos 361 y 365 del CGP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

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

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: presentó alegatos de conclusión relacionados con el tema de la reliquidación de la pensión docente con la inclusión en el IBL de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios al momento de la adquisición del estatus.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

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

Lo probado

- Que mediante la Resolución nro. 3518 del 29 de agosto de 2008 se reconoció la pensión de jubilación a la demandante por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en cuantía de $1.739.611 (fol. 16 y 17)

- Se elevó solicitud ante la demandada con la finalidad que se reconociera y pagara el reajuste de la pensión de jubilación de los años 2008 a 2017, tomando como base para el reajuste el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente del año inmediatamente anterior, cuando este reajuste fuera superior al IPC (fol. 21 a 24 C.1).

- Que mediante la Resolución nro. 1267-6 del 31 de enero de 2018 se negó el reconocimiento y pago del incremento periódico de las pensiones conforme al aumento fijado por el Gobierno Nacional para el salario mínimo a la docente Blanca Gloria López Montes (fol. 14 y 15 C.1).

Solución al problema jurídico

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

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

Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; así mismo, se garantiza como un derecho irrenunciable; servicio prestado por entidades públicas y privadas que brindan 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[1], tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y la comunidad en aras de mejorar la calidad de vida y la dignidad humana a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte el artículo 11 *ibídem*, modificado por el artículo 1º 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*

[1] http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

> *todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*
> *Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.*

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

El artículo 1º de la Ley 4 de 1976 determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto del Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustaría 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 1º de la Ley 71 de 1988[2] precisó que las pensiones referidas en el artículo 1º 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 fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

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

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

---

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

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 del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tuvieran 10 años o más de afiliación en una o varias de las entidades y 50 años o más de edad si era varón o 45 años o más si era mujer, a quienes continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados del sistema integral de seguridad social contenido en esa norma, quedando contemplado, entre otros, el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; y señaló que estas excepciones no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones con 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.***

Concerniente al reajuste de las pensiones el régimen general de pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de1993 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 1994[3] donde señaló:

> *Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. **En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.***
> *"...*
> *"Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por*

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

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:

"Año Inflación Salario mínimo

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

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

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

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

> *del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada.*

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

De otro lado, la Ley 238 de 1995[4] 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 parágrafo:*
>
> *"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los **beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.***

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 del Honorable Consejo de Estado[5] 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*

---

[4] Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

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

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

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

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

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

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 cuentan con un régimen anterior al del sistema de seguridad social integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de

1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones dicha norma quedó derogada por esta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

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

> ***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 Indice 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 salarió 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 salarió mínimo, como son "satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo"[95].*

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

[...]

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

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

Conclusiones

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

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

Por lo anterior, se confirmará en este aspecto la sentencia de primera instancia que data del 7 de marzo de 2019.

Costas en primera instancia

Refutó la parte actora la condena en costas impuesta en el fallo del 7 de marzo de 2019, al considerar que, si bien resultó vencida en primera instancia, no se cumplió lo determinado en el artículo 365 del CGP, y es lo relativo a que solo habrá lugar a imponer las costas cuando aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Al respecto debe precisarse que esta Sala de Decisión desde la expedición de la Ley 1437 de 2011 ha acogido el criterio objetivo valorativo para efectuar el análisis de la condena en las costas, en el cual no entra en juego la conducta procesal asumida por las partes, sino que simplemente se examina cuál fue la parte vencida, y además si las costas se causaron dentro del trámite judicial.

En este orden de ideas, y al descender al caso particular, debe precisarse que en atención el criterio objetivo lo procedente era determinar al momento de aplicar el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 cuál había sido la parte vencida en juicio, y en este caso, de acuerdo a la sentencia de primera instancia, lo fue la parte actora.

Sin embargo, aunque el criterio para la condena en costas acogido sea el objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas.

En este caso, al revisar la sentencia de primera instancia se evidencia el análisis que fue realizado sobre este asunto según lo consignado a folio 86 vuelto, al explicar que solo se evidenciaban costas causadas frente a las agencias en derecho.

Por ello, para este Tribunal la condena en costas impuesta por la juez atendió el criterio objetivo valorativo, lo que lleva a confirmar la providencia en relación con este tema.

Costas en segunda instancia

No se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante en atención a que aunque se presentó escrito de alegatos por parte de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los mismos nada tienen que ver con el fondo del asunto.

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

FALLA

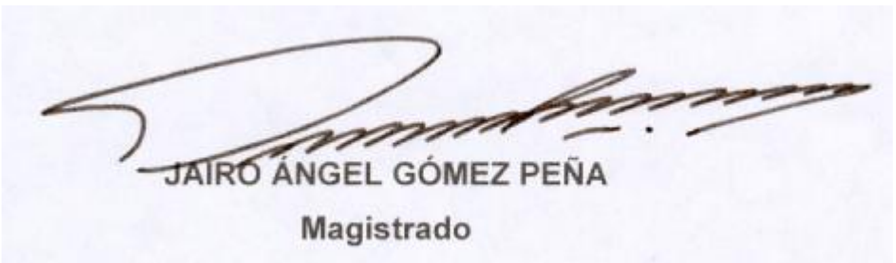
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de marzo de 2019 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **BLANCA GLORIA LÓPEZ MONTES** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

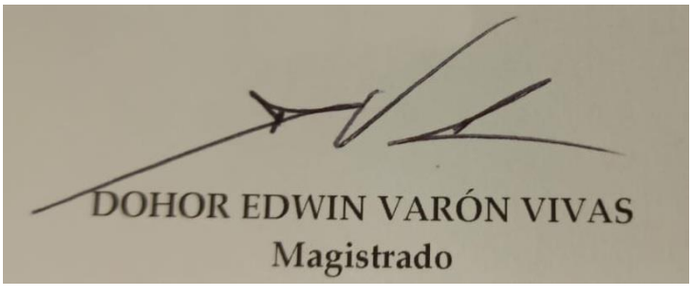
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por lo brevemente expuesto.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 13 de agosto de 2020 conforme Acta nº 039 de la misma fecha





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Sentencia. 137
Segunda Instancia

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

PROCESO No.	**17001-33-39-006-2018-00318-02**
CLASE	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**MERCEDES BEDOYA DELGADO**
ACCIONADO	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo que negó a las pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de septiembre de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución n.º 10057-6 del 13 de diciembre de 2016, en lo que tiene que ver con la liquidación de la pensión sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el reajuste o reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 21 de septiembre de 2016 fecha en que adquirió el estatus pensional, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior al estatus pensional.

Que como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho, la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación del demandante, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado.

Que se condene al pago de los intereses moratorios propios del artículo 366 del Código Civil, y la indexación a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses comerciales generados durante los primeros seis meses contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que revisó la pensión de jubilación.

Que se condene al pago de la indexación a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses que correspondan, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1437 de 2011.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

HECHOS

La señora Bedoya Delgado laboró al servicio docente por más de 20 años, por lo que al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En la liquidación de la pensión de jubilación no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Afirmó que la normativa en mención es clara en consagrar que los docentes nacionales nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les deben aplicar las normas vigentes anteriores a la entrada en rigor de la misma ley.

Haciendo alusión al derecho a la igualdad, destacó que hay otros docentes a los que sí se les liquidó su pensión con inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus, lo que constituye un trato discriminatorio en el caso de la actora, a quien no se le reconocieron todos los factores salariales devengados.

Finalmente se refirió a sentencia del Consejo de Estado en la cual se unificó la jurisprudencia,

dejando claro que el objetivo de la nueva tesis es garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, lo que permite incluir en la base de liquidación, todos los factores salariales devengados por el servidor, sin distinción alguna, en lo que claramente está incluido el gremio docente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2019 negó las pretensiones de la parte actora.

El Juez A-quo se planteó como problema jurídico, determinar si a la actora le asiste derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional..

Tras hacer un recuento normativo que incluyó la Ley 100 de 1993, la Ley 812 de 2003, la Ley 91 de 1989, y la Ley 33 de 1985, concluyó que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Adujo que teniendo en cuenta la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se llegó a la conclusión que, los factores salariales a tener en cuenta para determinar el ingreso base liquidación de la pensión son los enlistados en la Ley 62 de 1985.

Refiriéndose al caso concreto manifiesta que en el caso concreto no procede la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional no es procedente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible a folios 161 a 168 del cuaderno 1.

Esgrime que la presente demanda fue radicada en vigencia de la sentencia de unificación de 2010, I por lo que es esta en aplicación al principio de confianza legítima la que debe aplicársele y no la dictada con posterioridad, esto es en 2019 como lo hizo la Juez A quo. Señala que no dar aplicación a la jurisprudencia vigente al momento de incoar la demanda atenta contrala seguridad jurídica lo que desemboca en una violación directa d elos derechos de la actora.

Es por ello que solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda dando aplicación a la sentencia de unificación de 2010 y no la proferida en 2019 que cambia la postura del Consejo de Estado respecto de la reliquidación pensional de los docentes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

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

Parte demandada: guardó silencio.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos.

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar el siguiente cuestionamiento:

- ¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora MERCEDES BEDOYA, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Conforme a la Resolución nº 10057-6 del 13 de diciembre de 2016 la señora Bedoya Delgado nació el 20/09/1961 adquiriendo el status pensional el 20/09/2016 (fol. 19, C.1)

- La señora Bedoya Delgado ingreso al servicio docente el 21/07/1980 sin que este retirada del cargo (fol. 19, C.1)

- A la señora Bedoya Delgado se le reconoció una pensión de jubilación a partir del 21/09/2016, teniendo en cuenta además del sueldo básico, la prima de navidad, y la bonificación Decreto 1566 de 2014, mediante Resolicón nº 10057-6 del 13 de diciembre de 2016 (fol. 19-19 C.1).

- Conforme al certificado de salarios visible a folio 21, la señora Bedoya Delgado devengó en año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional además del salario básico, la prima de navidad, la prima de servicios, la bonificación mensual y la prima de vacaciones

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003[1], que reguló dos eventos:

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

[1] "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario".

ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia 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.

El Acto Legislativo nº 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º, lo siguiente:

> ***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.*** *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

> ***ARTÍCULO 15.*** *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*
>
> *Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*
>
> *2. Pensiones: [...]*
>
> *B.* ***Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector***

público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución nº 10057-6 del 13 de diciembre de 2016 (fol. 19, C.1), la señora Bedoya Delgado prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 21/07/1980** esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019[2], en la que indicó que *«El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados[3], y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985[4]»*

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *«El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio».*

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

---

[2] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

[3] Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

[4] Cita de cita: "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla[5] y primera subregla[6] establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018[7], relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *«La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985»*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *«En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo»*.

---

[5] De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: "**El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985**" (negrilla es del texto).

[6] Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:
"**La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:
- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.".

[7] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

> ***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.*

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Bedoya Delgado le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual así como la prima de navidad, la prima de vacaciones y la bonificación del Decreto 1566 de 2014.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la totalidad de los factores devengados en el en el último año anterior a la adquisición del status pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada no procede puesto que de acuerdo al certificado salarial en el reconocimiento pensional no se dejó de reconocer ninguno de los factores indicados en la normativa en cita, no siendo procedente ningún reconocimiento adicional.

De otro lado, debe aclarar la Sala que pese a que en la Resolución nº 10057-6 del 13 de diciembre tuvo en cuenta la prima de navidad y la prima de vacaciones para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este Juez no tiene competencia, pues la demanda solo pretende la nulidad por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, vulnerar el principio de congruencia externa, y como lo sostuvo el Consejo de Estado[8], no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

[8] Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

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 reliquide su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse 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 PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de septiembre de 2019, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora **MERCEDES BEDOYA DELGADO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,**

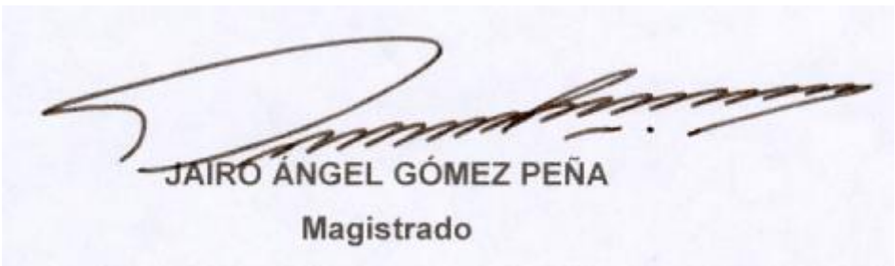
SEGUNDO: NO SE CONDENA EN COSTAS por lo brevemente expuesto en la parte considerativa.

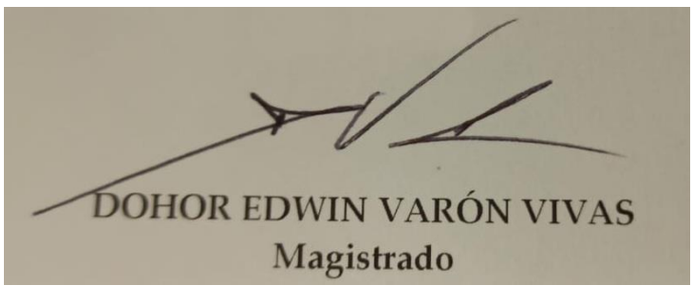
TERCERO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 13 de agosto de 2020, conforma Acta nº 039 de la misma fecha.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 209

Asunto:	**Resuelve apelación contra auto – Revoca**
Medio de control:	**Ejecutivo**
Radicación:	**17001-33-39-006-2018-00611-02**
Demandante:	**José Jair Valencia Agudelo**
Demandada:	**Departamento de Caldas**

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 042 del 14 de agosto de 2020

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA[1], en concordancia con el artículo 243 *ibídem*, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, a través del cual negó mandamiento de pago dentro del presente proceso.

ANTECEDENTES

El 30 de noviembre de 2018, fue interpuesto a través de apoderado judicial la demanda de la referencia (fls. 2 a 8, C.1), con el fin de obtener que se libre mandamiento de pago a favor de la parte accionante y en contra de la entidad territorial demandada, de la manera que se indica a continuación, con ocasión de la condena impuesta en la sentencia del 23 de octubre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que revocó el fallo del 27 de mayo de 2013 del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales (sic):

a) $12’412.640, por concepto del reconocimiento de prima de servicios y de bonificación por servicios prestaciones.

---

[1] En adelante, CPACA.

b) $10'736.934, por los intereses moratorios sobre el capital mencionado desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia y hasta el momento en que se verifique su pago, en los términos del inciso 5º del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo – CCA[2].

Como fundamento del proceso ejecutivo, se indicó que: **i)** a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte accionante demandó al Departamento de Caldas con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados, previstas en el Decreto 1042 de 1978; **ii)** mediante sentencia del 23 de octubre de 2014, el Tribunal Administrativo de Caldas revocó el fallo del 27 de mayo de 2013 del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales (sic) y condenó al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de los factores señalados desde el 3 de abril de 2006; **iii)** la citada providencia quedó ejecutoriada el 19 de diciembre de 2014; **iv)** la cuenta de cobro fue radicada en la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas el 9 de junio de 2015; y **v)** a la fecha de presentación de la demanda la entidad territorial no ha dado cumplimiento al fallo, superando el término previsto por el inciso 4º del artículo 177 del CCA.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Por auto del 10 de abril de 2019 (fls. 40 y 41, C.1), el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales negó el mandamiento ejecutivo solicitado, al advertir que de conformidad con la Ley 550 de 1999, el Departamento de Caldas suscribió acuerdo de reestructuración de pasivos y, por tanto, no es viable iniciar en su contra proceso ejecutivo alguno.

EL RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, a través de escrito visible de folios 44 a 47 del expediente, la parte actora interpuso recurso de apelación, alegando que como la sentencia cuya ejecución se pretende fue proferida con posterioridad a la ejecución del acuerdo de reestructuración de pasivos, la acción ejecutiva es procedente atendiendo lo dispuesto por el numeral 9 del artículo 34 de la Ley 550 de 1999.

Citó apartes de providencia de este Tribunal relacionada con la reestructuración de pasivos, con fundamento en la cual sostuvo que, dado que la parte interesada demostró la gestión de cobro de la condena impuesta en sentencia, así como la renuencia del Departamento de Caldas en responder la

[2] En adelante, CCA.

petición y cancelar la obligación, es procedente jurídicamente librar el correspondiente mandamiento de pago.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 16 de julio de 2019, y allegado el 20 de agosto del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.2).

Previo a decidir la apelación, por auto del 13 de febrero de 2020 se requirió al Departamento de Caldas para que certificara el estado actual de la entidad en el proceso de reestructuración de pasivos regulado por la Ley 550 de 1990 (fl. 4, C.2).

Dando cumplimiento al requerimiento efectuado, el Departamento de Caldas allegó certificación expedida el 30 de octubre de 2019 por la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 10 y 11, C.2).

El 11 de marzo de 2020, el asunto regresó a Despacho para resolver lo pertinente (fl. 12, C.2).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

Atendiendo lo dispuesto por los numerales 1 y 3 del artículo 243 del CPACA, el auto que rechaza la demanda y que pone fin al proceso es susceptible del recurso de apelación y, en tal sentido, es procedente la impugnación aquí formulada contra la providencia del 10 de abril de 2019.

Adicionalmente, la alzada fue presentada en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 del CPACA.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar la siguiente cuestión:

> *¿Es viable judicialmente el cobro ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de un título ejecutivo causado de manera posterior al acuerdo de restructuración de pasivos suscrito por el Departamento de Caldas?*

Examen del caso concreto

La Ley 550 de 1999 estableció un régimen para promover y facilitar la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales, con el fin de asegurar su función social y lograr el desarrollo armónico de las regiones.

Frente a los procesos de ejecución durante la negociación y realización de un acuerdo de reestructuración de pasivos, el numeral 13 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999 estableció que:

> ***ARTICULO 58. ACUERDOS DE REESTRUCTURACION APLICABLES A LAS ENTIDADES TERRITORIALES.*** *Las disposiciones sobre acuerdos de reestructuración e instrumentos de intervención a que hace referencia esta ley serán igualmente aplicables a las entidades territoriales, tanto en su sector central como descentralizado, con el fin de asegurar la prestación de los servicios a cargo de las mismas y el desarrollo de las regiones, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de tales entidades, de conformidad con las siguientes reglas especiales:*
>
> (…)
>
> *13. Durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración, se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, y no habrá lugar a la iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad. De hallarse en curso tales procesos o embargos, se suspenderán de pleno derecho.* (Líneas fuera texto).

Al examinar la exequibilidad de esta norma, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-493 de 2002 lo siguiente:

> *Así entonces, las medidas del numeral 13 en referencia, es decir, la suspensión de términos de prescripción, la no operancia de la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, la no iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad, y la suspensión de tales procesos o embargos, lejos de configurar la vulneración del derecho a la igualdad, el incumplimiento de las obligaciones del Estado y el desconocimiento de derechos adquiridos de los extrabajadores, son medidas razonables y proporcionadas, coherentes con la finalidad de la Ley 550 y con la necesidad de recuperación institucional de las entidades territoriales, encargadas de garantizar la atención de las necesidades básicas de la población. Además, estas medidas no constituyen una forma de extinción de las obligaciones a cargo de los departamentos, distritos y municipios sino un mecanismo para poder cumplir*

con ellas, en la medida en que se recupere la capacidad de gestión administrativa y financiera de la respectiva entidad territorial. De esta forma, considera la Corte que el legislador atiende adecuadamente la tensión que pudiese existir entre la prevalencia del interés general y los derechos que asisten a los acreedores del respectivo ente seccional o local que, en aplicación de la Ley 550, acude a un acuerdo de reestructuración.

6. De otra parte, con la norma acusada tampoco se vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia para el caso específico de los extrabajadores acreedores de las entidades territoriales que celebren el acuerdo de reestructuración, pues ellos disponen de la oportunidad y del escenario garantizado por la Ley 550 para ver atendidos sus créditos. "Así las cosas, resulta adecuada esta concepción no judicial del denominado 'acuerdo de reestructuración', el cual se negocia dentro de un marco legal debidamente divulgado, con un plazo definido, y que reserva entonces al juez para que intervenga cuando realmente se requiere, esto es, cuando se presentan controversias acerca de la eficacia del acuerdo celebrado, o de algunas de sus cláusulas, respecto del incumplimiento o sobre eventuales acciones revocatorias o de simulación de determinados actos del empresario (...). El acuerdo que se celebre de conformidad con la ley vincula al empresario y a todos sus acreedores, y surte efectos legales por el hecho de su celebración, sin necesidad de aprobación judicial alguna".[3] En este sentido, la norma demandada armoniza igualmente con lo dispuesto en los numerales 10, 11 y 15 del artículo 58 de la Ley 550.[4]

7. Por lo anterior, para evitar otorgar alcances legislativos diferentes al numeral 13 acusado, hay que armonizarlo con las demás reglas de derecho consagradas en el artículo 58 de la Ley 550. A partir de esta integración se aprecia que la norma demandada, por sí, no desprotege a las personas que tienen créditos pendientes, en tanto en este artículo existe otro numeral que establece un orden de prelación para realizar los pagos a cargo de las entidades territoriales que celebren un acuerdo de reestructuración y uno más que condiciona el destino de los recursos que perciba la entidad. Tampoco consagra el numeral 13 que a los exempleados se les desconozca el pago de sus acreencias pues, según el numeral 7, son los pensionados los primeros en el orden de prelación de pagos y los demás acreedores laborales también están allí debidamente clasificados. Por lo tanto, no es acertado afirmar que se vulnera el derecho a la igualdad o se desconocen los derechos laborales adquiridos porque a los empleados se les paga puntualmente y a los exempleados no, pues las entidades territoriales que celebran estos acuerdos son

---

[3] Cita de cita: Gaceta del Congreso No. 550 del martes 14 de diciembre de 1999, pág. 2.

[4] Cita de cita: En el numeral 11 del artículo 58 de esta ley se señala que "*El acuerdo de reestructuración será celebrado entre la entidad territorial y los acreedores externos*" y, para garantizar la efectividad del acuerdo, el numeral 10 dice que "*Corresponderá al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la respectiva entidad territorial, determinar las operaciones que puede realizar la entidad territorial a partir del inicio de la negociación y que sean estrictamente necesarias para evitar la parálisis del servicios y puedan afectar derechos fundamentales*". Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el numeral 15, según el cual "*Una vez se suscriba el acuerdo de reestructuración y durante la vigencia del mismo, la entidad territorial no podrá incurrir en gasto corriente distinto del autorizado estrictamente (en) el acuerdo para su funcionamiento y el ordenado por disposiciones constitucionales*".

aquellas que en general no tienen capacidad de pago a ninguno de sus acreedores, sean ellos empleados, exempleados u otros acreedores.

8. En síntesis, la decisión adoptada en el numeral 13 del artículo 58 de la Ley 550 hace parte del principio de libertad de configuración legislativa en materia económica, contiene medidas razonables y proporcionadas de dirección económica del Estado y apunta en la misma dirección en que fue concebida la ley de la cual hace parte: lograr la reactivación económica; proteger la función social de la empresa; facilitar la prestación de los servicios y el cumplimiento de las funciones a cargo de las entidades territoriales, y propender por el desarrollo armónico de las regiones. Por lo tanto, la Corte estima que los cargos formulados contra la norma acusada no están llamados a prosperar y, en consecuencia, declarará su exequibilidad.

En sentencia C-061 de 2010, la Corte Constitucional reiteró la posición anterior y aclaró que igual situación se presenta frente a los créditos que surjan con posterioridad a la suscripción del acuerdo:

En relación con los cargos formulados, en cuanto al supuesto incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades sometidas a un acuerdo de reestructuración, la Corte no hizo diferenciación alguna y desestimó el reproche en los siguientes términos:

"El acuerdo de reestructuración no constituye entonces una forma de extinción de las obligaciones y créditos a cargo de las entidades territoriales que acudan a él. Por el contrario, su pretensión es la de recuperar la entidad y organizar el pago de las obligaciones con sus acreedores (…)".

"Así entonces, las medidas del numeral 13 en referencia, es decir, la suspensión de términos de prescripción, la no operancia de la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, la no iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad, y la suspensión de tales procesos o embargos, lejos de configurar la vulneración del derecho a la igualdad, el incumplimiento de las obligaciones del Estado y el desconocimiento de derechos adquiridos de los extrabajadores, son medidas razonables y proporcionadas, coherentes con la finalidad de la Ley 550 y con la necesidad de recuperación institucional de las entidades territoriales, encargadas de garantizar la atención de las necesidades básicas de la población. Además, estas medidas no constituyen una forma de extinción de las obligaciones a cargo de los departamentos, distritos y municipios sino un mecanismo para poder cumplir con ellas, en la medida en que se recupere la capacidad de gestión administrativa y financiera de la respectiva entidad territorial. De esta forma, considera la Corte que el legislador atiende adecuadamente la tensión que pudiese existir entre la prevalencia del interés general y los derechos que asisten a los

> *acreedores del respectivo ente seccional o local que, en aplicación de la Ley 550, acude a un acuerdo de reestructuración". (Resaltado fuera de texto).*
>
> *Visto lo anterior no es cierto que, como lo sugiere el demandante, la Corte haya realizado un análisis de constitucionalidad centrado exclusivamente en las obligaciones surgidas antes de la firma de un acuerdo de reestructuración. Por el contrario, lo que se observa es que la Corte tuvo en cuenta que el numeral 13 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999 prohíbe adelantar cualquier proceso de ejecución o embargo, sin importar que un crédito haya nacido con anterioridad o con posteriorirdad* (sic) *a la negociación, celebración o desarrollo del acuerdo.*
>
> *Con todo, no sobra recordar que la propia ley establece un tratamiento privilegiado y una regulación complementaria para asegurar el pago de las obligaciones contraídas con posterioridad a la firma del acuerdo de reestructuración. Es así como, por ejemplo, el artículo 19 de la ley dispone que el pago de cualquier crédito originado en fecha posterior a la negociación y con anterioridad a la celebración del acuerdo, "se atenderá en forma preferente, de conformidad con el tratamiento propio de los gastos administrativos"; así mismo, el artículo 34-9 de la ley establece el pago preferente y privilegiado de los créditos causados con posterioridad al acuerdo e incluso contempla la posibilidad de terminación del acuerdo en caso de incumplimiento[5]; y por último, el artículo 35 de la ley señala que la transgresión de dichas obligaciones será causal de terminación del acuerdo, "de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial"[6].* (Líneas son del texto).

De conformidad con lo expuesto, es claro que cuando una entidad territorial suscribe un acuerdo de restructuración conforme a la Ley 550 de 1999, es improcedente que un Juez inicie o continúe un proceso ejecutivo contra ella, ya sea que la obligación nazca antes, dentro del proceso de negociación o posterior a ella. Lo anterior, por cuanto la prohibición en tal sentido, contemplada en una norma especial de aplicación preferente[7], no se limitó

---

[5] Cita de cita: *"Artículo 34.- EFECTOS DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACION. (…) 9. Los créditos causados con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, al igual que la remuneración de los promotores y peritos causada durante la negociación, serán pagados de preferencia, en el orden que corresponda de conformidad con la prelación de créditos del Código Civil y demás normas concordantes, y no estarán sujetos al orden de pago que se establezca en el acuerdo. El incumplimiento en el pago de tales acreencias permitirá a los acreedores respectivos exigir coactivamente su cobro, y podrá dar lugar a la terminación de la negociación del acuerdo o del acuerdo mismo, a menos que el respectivo acreedor acepte una fórmula de pago según lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 35 de la presente ley".*

[6] Cita de cita: *"Artículo 35.- CAUSALES DE TERMINACION DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACION. El acuerdo de reestructuración se dará por terminado en cualquiera de los siguientes eventos, de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial: (…) 5. Cuando se incumpla el pago de una acreencia causada con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, y el acreedor no reciba el pago dentro de los tres meses siguientes al incumplimiento, o no acepte la fórmula de pago que le sea ofrecida, de conformidad con lo dispuesto en una reunión de acreedores".*

[7] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Providencia del 11 de octubre de 2016. Radicación número: 47001-23-31-000-1999-00182-01(55132).

exclusivamente a las acreencias que existieran con anterioridad a la negociación, celebración o ejecución del trámite de reestructuración.

Para el caso que convoca la atención de esta Sala y de acuerdo con la consulta efectuada en la página web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público[8], se advierte que el Departamento de Caldas suscribió un acuerdo de reestructuración de pasivos en la Dirección General de Apoyo Fiscal – DAF de dicha cartera ministerial, de conformidad con lo establecido en la Ley 550 de 1999.

La solicitud de reestructuración de pasivos fue inscrita por el Departamento de Caldas el 1º de octubre de 2012, la cual fue aceptada por acto de la misma fecha, a partir de la cual inició el proceso de reestructuración, que culminó el 17 de octubre de 2019, de lo cual dan cuenta igualmente las certificaciones allegadas al expediente.

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, no se allegó constancia de ejecutoria de la providencia que sirve de base a la demanda, pero se observa que la misma data del 23 de octubre de 2014, es decir que la obligación surgió en la etapa de ejecución del acuerdo de reestructuración de pasivos del Departamento de Caldas, que al haber finalizado para la fecha en que se resuelve esta apelación, permite la continuidad del proceso ejecutivo, máxime cuando se trata de una obligación contraída con posterioridad a la firma del acuerdo de reestructuración, para la cual la Ley 550 de 1990 estableció un tratamiento privilegiado y una regulación complementaria para asegurar su pago.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto, considera el Tribunal que la decisión de primera instancia debe ser revocada, para en su lugar, disponer que la Juez *a quo* estudie si se encuentran dados los presupuestos procesales para librar mandamiento de pago en este asunto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

---

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

RESUELVE

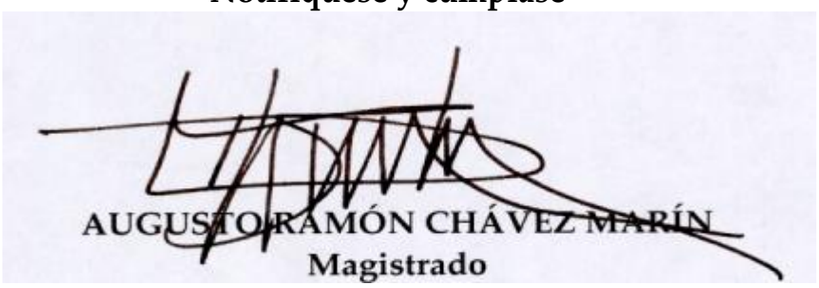
Primero. REVÓCASE el auto del diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, a través del cual negó mandamiento de pago dentro del proceso ejecutivo promovido por el señor José Jair Valencia Agudelo contra el Departamento de Caldas.

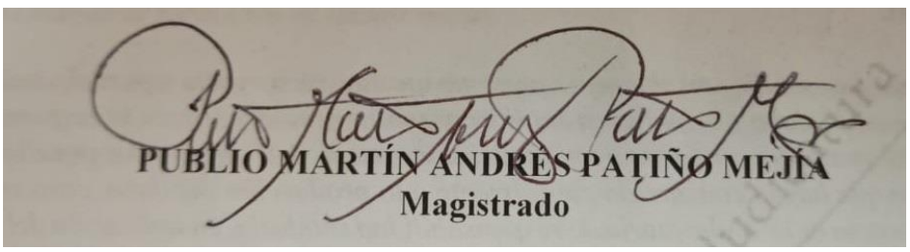
En consecuencia,

Segundo. ORDÉNASE al Juzgado de primera instancia estudiar si se encuentran dados los presupuestos procesales para librar mandamiento de pago en este asunto.

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático *"Justicia Siglo XXI"*.

Notifíquese y cúmplase





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. **105**
FECHA: **18 de agosto de 2020**

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

PROCESO No.	**17-001-33-39-008-2017-00544-02**
CLASE	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**JOSÉ ALBERTO LÓPEZ CORTES**
ACCIONADO	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 29 octubre de 2019 dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

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

1. Que se declare la nulidad de las Resolución nro. GNR 180882 del 12 de julio de 2012 por medio de la cual, pese a que se reliquida la pensión de la que era beneficiaria la señora María del Socorro Girado siendo sustituida al señor José Alberto López Cortes como conyugue supérstite, no se tuvieron en cuenta lo devengado en el último año de servicios como lo establece la Ley 33 de 1985.

2. Que se declare nulidad de la Resolución nº 17518 del 8 de octubre de 2014 por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución nro. GNR 180882 del 12 de julio de 2012, confirmándola en todas sus partes.

3. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se declare que el actor tiene pleno derecho a que Colpensiones le reliquide la pensión de sobrevivientes con lo devengado en el último año de servicios por parte de la asegurada fallecida la señora Giraldo López conforme lo establece la Ley 33 de 1985.

4. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos en el artículo 176 del CPACA y 178.

HECHOS

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

✓ La señora María del Socorro López prestó sus servicios como empleada pública por 27 años.

✓ Al momento de su fallecimiento contaba con 54 años de edad y 27 años de servicios, siendo beneficiaria del Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993.

✓ El 27 de diciembre de 2001 José Alberto López Cortes en su calidad de conyugue solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, siendo reconocida mediante Resolución nº 001514 del 27 de agosto de 2002 a su favor y al de sus dos hijos.

✓ Mediante Resolución GNR 180882 del 12 de julio de 2013 se reconoció la sustitución pensional solo a favor del señor José Alberto López Cortes y se ordenó su reliquidación. Sin embargo, al no estar conforme la apeló siendo confirmada mediante Resolución nº 17518 del 8 de octubre de 2014.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política: artículo 53; Ley 100 de 1993; Ley 33 de 1985; Decreto 1848 de 1969; Ley 12 de 1975 y Decreto 1160 de 1989.

Adujo que la entidad violó la ley al momento de reconocer la pensión de jubilación y la posterior sustitución pensional del demandante pues lo hizo de manera incompleta, al no tener en cuéntalo devengado en el último año de servicios de la fallecida Giraldo López quien prestó sus servicios como empelada pública por más de 20 años siendo beneficiaria del régimen de transición.

Que también se contravino la Ley 100 de 1993 al no haber respetado que el demandante se encontraba cubierto por el régimen de transición establecido en esta norma, hecho que generaba que le tuvieran que ser aplicadas para reconocer la prestación periódica la Ley 33 de 1985.

Con apoyo en jurisprudencias del Consejo de Estado referentes al tema, sostuvo que deben tenerse como factores salariales para determinar la base de la pensión todos los dineros devengados por los servicios prestados en el último año de servicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

En cuanto a los hechos afirmó que son ciertos los relacionados con el reconocimiento de la pensión, pero aseguró que la misma se liquidó de conformidad con las normas que regulan el asunto.

Propuso como excepciones:

- **Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional: s**ostuvo que no es posible acceder a la reliquidación pensional reclamada por el actor, toda vez que al dar aplicación a una normativa anterior en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre ella se puede aplicar lo relativo a la edad, semanas y monto, más no la forma de calcular el IBL con el cual se liquida la prestación.

- **Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados: a**firmó que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la prestación pensional son los que taxativamente contempla la norma, y sobre los cuales efectivamente se hubieran realizado las correspondientes cotizaciones.

- **Improcedencia de reliquidar la prestación pensional: que t**eniendo en cuenta que el accionante es beneficiario del régimen de transición, la pensión debe liquidarse conforme lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- **Prescripción:** manifestó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en establecer que el derecho a la pensión no prescribe, pero las mesadas pensionales sí, y por ello solicitó que en caso de reconocerse algún derecho a favor del actor se dé aplicación a la prescripción del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

- **Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA:** según el inciso quinto del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, para la causación de intereses moratorios la ley dispone que el interesado

debe presentar reclamación ante la entidad, ya que los intereses nacen únicamente de haberse proferido una sentencia condenatoria.

- **Buena fe:** afirma que las actuaciones de la entidad se han ceñido a los postulados de la buena fe y conforme a las normas vigentes.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 29 de de octubre de 2019 el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en audiencia inicial, dictó sentencia mediante la cual negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si procedía el reajuste de la pensión de jubilación de la parte demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Luego de hacer un recuento normativo, jurisprudencial, que incluyó el cambio de interpretación de las Altas Cortes respecto al ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y del material probatorio, evidenció que al actor aunque en primer momento se le reconoció la pensión con un 75% de un IBL conformado por lo devengado en los 10 últimos años de servicios, luego se le reliquidó la prestación para incluir en el IBL lo percibido en el último año de servicios, según la Ley 33 de 1985 y la Circular Interna 06 de 2013.

Concluyó que según la sentencia de unificación del Consejo de Estado no porcoede la reliquidación pensional con lo devengado en el último año de servicios, pues la transición respetando y tiempo de servicios, debiendo establecerse el IBL conforme a la Ley 100 de 1993, que para el caso concreto es lo devengado en los últimos 10 años.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia a través de memorial que reposa de folios 137 a 148 del expediente.

Señala que la sentencia de unificación del Consejo de Estado constituye una regresión a los derechos laborales y violatoria de la Constitución Política; que aplicar esa postura va en contravía de los derechos del actor, puesto que al estar la señora Giraldo López fallecida

cubierta por el régimen de transición su esposo el señor López Cortes tiene derecho a que se le reliquide la pensión de sobrevivientes conforme a la Ley 33 de 1985.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: guardó silencio.

Parte demandada: insistió en su posición sobre la improcedencia de acceder a la reliquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante, ya que el precedente judicial de la Corte Constitucional es vinculante, de obligatorio cumplimiento y prima sobre cualquier pronunciamiento que se encuentre en contravía de lo establecido por la corporación encargada de la guarda de la Constitución Política.

Adujo que su posición encuentra respaldo principalmente en la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional y en otros apartes jurisprudenciales que transcribió.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Como no se observa ninguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos

1. ¿A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente la de unificación del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la norma en comento que presentaron sus demandas antes de la expedición de la providencia mencionada?

2. ¿Tiene derecho el señor José Alberto López Cortes a que se reliquide su pensión de vejez con base en el 75% del promedio del salario devengado en el último año de servicios por parte de su esposa fallecida la señora María del Socorro Giraldo quien se encontraba cubierta por el régimen de transición?

En caso de que la respuesta anterior sea positiva se deberá determinar:

3. ¿Qué factores salariales ingresarían a conformar el ingreso base de liquidación de su pensión o?

4. ¿Hay lugar a ordenar se realicen descuentos sobre nuevos factores salariales a incluir en el IBL; cuáles serían los parámetros para efectuar los mismos?

Lo probado en el proceso

- Mediante Resolución nº 8846 del 22 de julio de 2004 se reconoce a favor del señor José Alberto López Cortes y sus hijos con ocasión del fallecimiento de la señora Giraldo López quien era beneficiaria del régimen de transición, aplicándole el régimen previsto en para los empleados públicos (fol. 32 a 34, C.1)

- Mediante Resolución nº GNR 180882 del 12 de julio de 2013 se ordena una reliquidación pensional de sobrevivientes por muerte del afiliado a favor del señor López Cortes con lo devengado por la señora Giraldo López conforme lo establece la Ley 100 de 1993 teniendo en cuenta que la causante se encontraba en régimen de transición (fol. 52 a 57, Ibídem)

- La decisión tomada por Colpensiones fue confirmada mediante Resolución nº 17518 del 8 de octubre de 2014 (fol. 75 a 78, ibídem)

- Que conforme a los certificados allegados la señora Giraldo López al momento de su fallecimiento había prestado sus servicios en el Hospital San Juan de Dios de Pensilvania Caldas desde el 14 de marzo de 1974 hasta el 30 de junio de 2001 para un total de 27 años, 3 meses 16 días, devengando en el último año de servicios además del sueldo básico, auxilio de alimentación, prima de navidad, bonificación por S.S., prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación recreación (fol. 80 a 87, ibídem)

- Que conforme a lo consignado en la Resolución nº GNR 180882 del 12 de julio de 2013 la señora nació el 01 de diciembre de 1946 y falleció el 6 de julio de 2001, es decir que al momento de fallecimiento tenía 44 años de edad (fol. 53 ibídem)

Cuestión previa

Debe destacarse que en el presente proceso no está en discusión que el demandante se encuentre cubierto por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ya que las partes concuerdan en esto.

Primer problema jurídico

¿A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente la de unificación del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la norma en comento que presentaron sus demandas antes de la expedición de la providencia mencionada?

Tesis: El IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993 se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso, y con inclusión de los factores salariales sobre los que se hicieron aportes al sistema, ya que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 dispuso que el fallo se aplicaba de forma retrospectiva a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias.

Antecedentes históricos jurisprudenciales

Respecto al ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, se presentó en el pasado una controversia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

I. El Consejo de Estado con algunas variables expuso desde la expedición de la Ley 100 de 1993 lo que finalmente determinó en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (número interno 0112-09), que las personas que reunían los requisitos de transición de esta ley tenían el beneficio de que para su pensión la edad, tiempo de semanas cotizadas y el monto de la misma se determinarían conforme a la ley anterior, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985. Que el término monto incluía no solo la tasa de remplazo sino además la base sobre la cual se aplicaba esta, y que los factores salariales a tener en cuenta no eran únicamente los expresamente señalados en la ley si no todos los que fueron devengados

en el último año de servicios y que hayan sido recibidos de manera habitual y periódica como contraprestación, ya sea que sobre ellos se hubiere cotizado o no, pues en este último caso se reconocían estos factores pero se autorizaba a las cajas correspondientes para que del mayor valor determinado se descontara lo correspondiente.

II. Mediante sentencia C-258 de 2013 [1] la Corte Constitucional frente a cómo se determinaría el IBL para los beneficiarios de transición señaló:

> ***4.3.6.3.*** *Sobre el Ingreso Base de Liquidación*
>
> *Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia:* ***(i)*** *para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería* ***(a)*** *"el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta" para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o* ***(b)*** *el promedio de lo "cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE".* ***(ii)*** *En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo ibídem solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100 (...).*

Como consecuencia de esta sentencia, para la pensión de los Congresistas, el IBL se determinaría conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el caso.

III. Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015 extendió lo manifestado en la sentencia C-258 de 2013 a los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró las consideraciones allí expuestas relacionadas con el ingreso base de liquidación. Así mismo, interpretó lo que debe entenderse por la expresión "monto" que determinó el artículo 36 de la Ley 100, y señaló que se refiere únicamente a la tasa de remplazo y que no incluye el IBL, el cual se deberá determinar conforme lo señala esa disposición, refiriéndose al artículo 21 y al inciso 3 del artículo 36 de esa ley.

IV. Frente a la anterior posición el Consejo de Estado se mantuvo en su tesis inicial, y así se señaló en la sentencia de unificación de la Sección Segunda de fecha 25 de febrero de 2016, radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01, en la cual planteó argumentos jurídicos con los cuales debatió los postulados expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015.

V. La Corte Constitucional, entre otras, con las sentencias sentencia SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 mantuvo su posición, y exigió que esta interpretación debía ser tenida como precedente obligatorio.

VI. Finalmente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha agosto 28 de 2018, expediente 2001-23-33-000-2012-00143-01, unificó el tema con el siguiente tenor:

> ***Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición***
>
> *92. **De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:***
>
> *"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".*
>
> *93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:*
>
> *94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*
>
> - *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
> - *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

(...)

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periodicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó

> *los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.*
>
> *102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.*
> *103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.*

De la anterior sentencia de unificación se puede extractar:

- Que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cobija únicamente la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión estipulado en la ley anterior.

- Que la expresión "monto de la pensión" hace referencia únicamente al porcentaje o tasa de remplazo aplicable al IBL, y, por tanto, a las personas cobijadas por el régimen de transición se les debe liquidar su pensión con el IBL en la forma señalada en el artículo 21 y/o inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

-Que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión solamente los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

El Tribunal Administrativo de Caldas acoge los precedentes tanto de la Corte Constitucional como el ahora expuesto en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, que incluso sobre los efectos de este fallo dispuso lo siguiente:

Efectos de la presente decisión

> *113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya*

competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política[36]. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a 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.

116. Para la Sala, 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.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron 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.

118. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo (subrayado Sala de Decisión).

Según lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencia SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 sobre la obligatoriedad del precedente frente al tema del

régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pero especialmente lo determinado por el Consejo de Estado como órgano de cierre de esta jurisdicción en la providencia del 28 de agosto de 2018, no es de recibo el argumento de la parte actora relacionado con que esta última providencia, especialmente, se aplicó de manera retroactiva al caso del demandante, puesto que para el momento en que fue proferida la sentencia de primera instancia, y ahora la de segunda instancia, el precedente judicial vigente a través del cual se unificó la controversia en la materia ya había sido expedido, razón por la cual era de acatamiento obligatorio para el juez natural de la causa.

En lo que respecta a la vulneración del principio de confianza legítima alegada por la parte recurrente con ocasión del cambio de jurisprudencia, debe precisarse que el Máximo Tribunal Administrativo en sentencia de tutela del 26 de septiembre de 2016[2] precisó lo siguiente:

> *Es importante considerar que la Constitución Política establece una serie de principios que propenden por la salvaguarda de los intereses de los asociados frente a las decisiones del Estado, que pudieren alterar significativamente las relaciones que surgen entre el Estado y los administrados. Dentro de esos principios la Sala destaca el de la confianza legítima.*
>
> *Precisamente, la Corte Constitucional ha sido uno de los órganos que más ha recurrido a ese principio para proteger la integridad del ordenamiento constitucional o amparar derechos fundamentales de las personas. Sobre el principio de la confianza legítima, señaló:*
>
> *Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.*
>
> *Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las*

cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación[3].

Bajo esa perspectiva, la confianza legítima se erige como garantía del administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas —trátese de órgano legislativo, administración pública o autoridades judiciales—

Ahora bien, es de anotar que la confianza legítima no tiene la connotación de principio absoluto y, por tanto, es factible su limitación o restricción, en razón de otros principios constitucionales que también ameriten aplicación según las particularidades del caso. Así, la confianza legítima debe ceder, por ejemplo, frente a un interés público imperioso que se le contraponga.

Generalmente, se habla de confianza legítima en las actuaciones administrativas y en la expedición de leyes. Empero, a juicio de la Sala, nada obsta para que se refiera también a la expedición de sentencias.

Como se sabe, los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutico lleva implícito la posibilidad de hallar diferentes significados a las disposiciones normativas y, por lo tanto, un análisis serio y argumentado puede poner de manifiesto la equivocación de una tesis que antes se admitía como válida.

En principio, cuando las autoridades judiciales varían la jurisprudencia no desconocen el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato judicial y que, en estricto sentido, sería la primera que afrontaría las consecuencias adversas del cambio jurisprudencial, toda vez que es perfectamente posible que el nuevo sentido jurisprudencial busque efectivizar otros principios que demanden aplicación y que, dada la importancia que revisten en el asunto, deben prevalecer ante la confianza legítima.

En el caso de las personas cubiertas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se hizo necesario modificar la postura que se había adoptado desde la sentencia del 4 de agosto de 2010 en aras de efectivizar el principio de solidaridad en materia de seguridad

social, sin que tal cambio jurisprudencial, para esta Sala de Decisión, haya dado lugar a desconocer el principio de la confianza legítima.

Como se adujo en líneas anteriores, y frente al primer problema jurídico, por respeto al precedente, la Sala acoge la postura de las Altas Cortes, especialmente la del Consejo de Estado, que disponen que el IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993, como es el caso del actor, se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso.

Segundo y tercer problema jurídico

¿Tiene derecho el señor José Alberto López Cortes a que se reliquide su pensión de vejez con base en el 75% del promedio del salario devengado en el último año de servicios por parte de su esposa fallecida la señora María del Socorro Giraldo quien se encontraba cubierta por el régimen de transición?

¿Qué factores salariales ingresarían a conformar el ingreso base de liquidación de su pensión o?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que el accionante no tiene derecho a que el IBL de la pensión esté conformado por los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios de la causante señora Giraldo López, ya que el ingreso base de liquidación debe calcularse según los postulados de la Ley 100 de 1993, y con los factores salariales sobre los que haya realizado cotizaciones.

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que como se indicó será la que acoge esta Corporación, se entiende entonces que en aplicación de esta para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior, en este caso, la Ley 33 de 1985.

Y para determinar el IBL la liquidación debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, según el tiempo que

le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC.

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta, según lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados por el accionante durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, esto es: asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica, cuando sea factor de salario; primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; remuneración por trabajo dominical o festivo; remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y bonificación por servicios prestados.

En este caso la parte demandante solicitó que su pensión fuera reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, lo cual no es procedente de conformidad con lo discurrido, por cuanto a las personas beneficiarias del régimen de transición, como es el caso del actor, se les debe calcular el IBL con base en la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo percibido en los 10 últimos años de servicios o el tiempo que faltare para adquirir el derecho, y con inclusión de los factores del Decreto 1158 de 1994 o sobre lo que haya cotizado.

Así las cosas, y en virtud de la nueva postura acogida por este Tribunal Administrativo de Caldas según las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, al actor no le asiste derecho a que se le reliquide su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, sino únicamente aquellos señalados en el Decreto 1158 de 1994 o sobre los cuales realizó aportes al sistema pensional.

Por lo anterior, se confirmará la providencia de primera instancia, y por sustracción de materia no se resolverán los demás problemas jurídicos.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, en un cambio de postura, acogiendo las sentencias de unificación de las Altas Cortes, especialmente la del Consejo de Estado, estima esta Sala de Decisión que a la parte actora no le asiste derecho de acceder a la reliquidación pensional que reclama, en tanto el IBL de las pensiones sujetas a régimen de transición debe calcularse conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, y no de la forma como lo solicitó la parte actora, esto es, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Costas

En el presente asunto no se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, que es la demandante, en atención a que sus reclamaciones en sede judicial se realizaron con fundamento en la tesis que para el momento planteaba el Consejo de Estado en relación con el régimen de transición.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del TRIBUNAL **ADMINISTRATIVO DE CALDAS,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

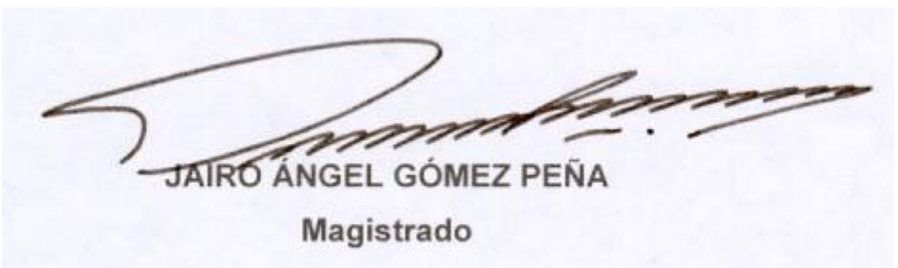
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de octubre de 2019, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **JOSÉ ALBERTO LÓPEZ CORTES** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

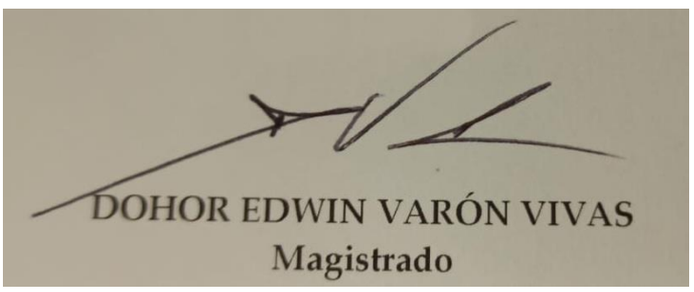
SEGUNDO: SIN COSTAS.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 13 de agosto de 2020 conforme Acta n° 039 de la misma fecha.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 105 del 18 de agosto de 2020.

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

Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 210

Asunto:	**Resuelve apelación contra auto – Revoca**
Medio de control:	**Ejecutivo**
Radicación:	**17001-33-39-008-2018-00065-02**
Demandante:	**Gloria Inés Estrada de Giraldo**
Demandada:	**Departamento de Caldas**

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 042 del 14 de agosto de 2020

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA[1], en concordancia con el artículo 243 *ibídem*, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, a través del cual negó mandamiento de pago dentro del presente proceso.

ANTECEDENTES

El 16 de febrero de 2018, fue interpuesta a través de apoderado judicial la demanda a través del medio de control de la referencia (fls. 2 a 5 y 41 a 43, C.1), con el fin de obtener que se libre mandamiento de pago a favor de la parte accionante y en contra de la entidad territorial demandada, de la manera que se indica a continuación, con ocasión de la condena impuesta en la sentencia del 13 de julio de 2016 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales:

---

[1] En adelante, CPACA.

1. Por la siguiente obligación de hacer:

   Ordenar al Departamento de Caldas que reliquide la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, aplicando el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001.

2. Por las siguientes obligaciones de dar sumas de dinero:

   a) $9’665.270, por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, aplicando el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001.

   b) $1’635.470, correspondientes a la indexación por IPC, comprendida entre el 18 de diciembre de 2013 y el 28 de julio de 2016.

   c) $6’999.491,88, por concepto de intereses moratorios calculados sobre el menor valor cancelado de la indemnización sustitutiva, desde el 29 de julio de 2016 hasta la presentación de la demanda y su corrección.

   d) Por los intereses moratorios calculados sobre el menor valor cancelado de la indemnización sustitutiva, que se causen en el transcurso del proceso.

   e) $363.000, por costas, agencias en derecho y gastos procesales del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

   f) Por las costas y gastos del proceso de la referencia, incluyendo las agencias en derecho.

   g) Por los intereses legales que se causen a partir de cada ejecutoria de la liquidación de costas de primera instancia y hasta el pago de la suma total (6%), según lo dispone el artículo 1.617 del Código Civil.

Como fundamento del proceso ejecutivo, se indicó que: **i)** mediante sentencia del 13 de julio de 2016, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales condenó al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de indemnización sustitutiva a partir del 27 de noviembre de 2013, así como a la indexación de las sumas resultado de la condena, ; **ii)** la parte demandante efectuó aportes sobre los salarios reportados, los cuales deben ser la base para liquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; **iii)** con Resolución nº 00572 del 15 de diciembre de 2016, el Departamento de Caldas reconoció indemnización sustitutiva a favor de la parte actora en cuantía

equivalente a $5’515.299; y **iv)** la entidad territorial omitió liquidar la indemnización sustitutiva con los verdaderos valores conforme al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, tal como se ordenó en el fallo judicial.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Por auto del 9 de mayo de 2019 (fls. 45 a 50, C.1), el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales negó el mandamiento ejecutivo solicitado, al advertir que de conformidad con la Ley 550 de 1999, el Departamento de Caldas suscribió acuerdo de reestructuración de pasivos y, por tanto, no es viable iniciar en su contra proceso ejecutivo alguno.

EL RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, a través de escrito visible a folios 53 y 54 del expediente, la parte actora interpuso recurso de apelación, precisando que dependiendo de las etapas del proceso de reestructuración, existe una regulación diferente respecto de las acciones ejecutivas.

Así, sostuvo que a partir del inicio de la negociación y hasta la firma del acuerdo de reestructuración, no pueden iniciarse procesos ejecutivos, debiendo suspenderse incluso aquellos que se encuentran en curso. Mientras que, luego de firmado el acuerdo, se entiende que la sociedad ha purgado su mora frente a las obligaciones reestructuradas y, por ende, vuelve a ser un sujeto de crédito con capacidad económica suficiente para reanudar su operación comercial y reactivar su capacidad productiva.

Indicó que las obligaciones reestructuradas quedan sometidas a las condiciones, términos y plazos pactados en el acuerdo; al tiempo que las nuevas, esto es, aquellas surgidas con posterioridad a la admisión al proceso de reestructuración, deben ser atendidas en los términos, condiciones y plazos que sean contraídas, de manera preferente como gastos de administración, tal como lo prevén los numerales 2 y 9 del artículo 34 de la Ley 550 de 1990.

Manifestó que una interpretación en el sentido que la inejecutabilidad de los entes territoriales va hasta la finalización de la ejecución del acuerdo de reestructuración, sería totalmente contraproducente y contraria a la finalidad trazada por el legislador, ya que los créditos derivados de condenas impuestas por los Jueces de la República generan intereses moratorios, al tenor de los dispuesto en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, por lo que el crédito devengaría intereses moratorios hasta el final del acuerdo, con lo que no sólo haría más gravosa la situación económica de la entidad territorial, sino que

además iría en contravía de la finalidad de la norma que es reactivar su capacidad económica y productiva.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 21 de junio de 2019, y allegado el 15 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Previo a decidir la apelación, por auto del 26 de febrero de 2020 se requirió al Departamento de Caldas para que certificara el estado actual de la entidad en el proceso de reestructuración de pasivos regulado por la Ley 550 de 1990 (fl. 3, C.2).

Dando cumplimiento al requerimiento efectuado, el Departamento de Caldas allegó certificación expedida el 30 de octubre de 2019 por la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 7 y 8, C.2).

La parte actora allegó certificación expedida por la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 11 vuelto y 12, C.2).

El asunto regresó a Despacho para resolver lo pertinente.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

Atendiendo lo dispuesto por los numerales 1 y 3 del artículo 243 del CPACA, el auto que rechaza la demanda y que pone fin al proceso es susceptible del recurso de apelación y, en tal sentido, es procedente la impugnación aquí formulada contra la providencia del 9 de mayo de 2019.

Adicionalmente, la alzada fue presentada en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 del CPACA.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar la siguiente cuestión:

¿Es viable judicialmente el cobro ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de un título ejecutivo causado de manera posterior al acuerdo de restructuración de pasivos suscrito por el Departamento de Caldas?

Examen del caso concreto

La Ley 550 de 1999 estableció un régimen para promover y facilitar la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales, con el fin de asegurar su función social y lograr el desarrollo armónico de las regiones.

Frente a los procesos de ejecución durante la negociación y realización de un acuerdo de reestructuración de pasivos, el numeral 13 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999 estableció que:

> ***ARTICULO 58. ACUERDOS DE REESTRUCTURACION APLICABLES A LAS ENTIDADES TERRITORIALES.*** *Las disposiciones sobre acuerdos de reestructuración e instrumentos de intervención a que hace referencia esta ley serán igualmente aplicables a las entidades territoriales, tanto en su sector central como descentralizado, con el fin de asegurar la prestación de los servicios a cargo de las mismas y el desarrollo de las regiones, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de tales entidades, de conformidad con las siguientes reglas especiales:*
>
> (…)
>
> *13. Durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración, se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, y no habrá lugar a la iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad. De hallarse en curso tales procesos o embargos, se suspenderán de pleno derecho.* (Líneas fuera texto).

Al examinar la exequibilidad de esta norma, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-493 de 2002 lo siguiente:

> *Así entonces, las medidas del numeral 13 en referencia, es decir, la suspensión de términos de prescripción, la no operancia de la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, la no iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad, y la suspensión de tales procesos o embargos, lejos de configurar la vulneración del derecho a la igualdad, el incumplimiento de las obligaciones del Estado y el desconocimiento de derechos adquiridos de los extrabajadores, son medidas razonables y proporcionadas, coherentes con la finalidad de la Ley 550 y con la necesidad de recuperación institucional de las entidades territoriales, encargadas de garantizar*

la atención de las necesidades básicas de la población. Además, estas medidas no constituyen una forma de extinción de las obligaciones a cargo de los departamentos, distritos y municipios sino un mecanismo para poder cumplir con ellas, en la medida en que se recupere la capacidad de gestión administrativa y financiera de la respectiva entidad territorial. De esta forma, considera la Corte que el legislador atiende adecuadamente la tensión que pudiese existir entre la prevalencia del interés general y los derechos que asisten a los acreedores del respectivo ente seccional o local que, en aplicación de la Ley 550, acude a un acuerdo de reestructuración.

6. De otra parte, con la norma acusada tampoco se vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia para el caso específico de los extrabajadores acreedores de las entidades territoriales que celebren el acuerdo de reestructuración, pues ellos disponen de la oportunidad y del escenario garantizado por la Ley 550 para ver atendidos sus créditos. "Así las cosas, resulta adecuada esta concepción no judicial del denominado 'acuerdo de reestructuración', el cual se negocia dentro de un marco legal debidamente divulgado, con un plazo definido, y que reserva entonces al juez para que intervenga cuando realmente se requiere, esto es, cuando se presentan controversias acerca de la eficacia del acuerdo celebrado, o de algunas de sus cláusulas, respecto del incumplimiento o sobre eventuales acciones revocatorias o de simulación de determinados actos del empresario (...). El acuerdo que se celebre de conformidad con la ley vincula al empresario y a todos sus acreedores, y surte efectos legales por el hecho de su celebración, sin necesidad de aprobación judicial alguna".[2] En este sentido, la norma demandada armoniza igualmente con lo dispuesto en los numerales 10, 11 y 15 del artículo 58 de la Ley 550.[3]

7. Por lo anterior, para evitar otorgar alcances legislativos diferentes al numeral 13 acusado, hay que armonizarlo con las demás reglas de derecho consagradas en el artículo 58 de la Ley 550. A partir de esta integración se aprecia que la norma demandada, por sí, no desprotege a las personas que tienen créditos pendientes, en tanto en este artículo existe otro numeral que establece un orden de prelación para realizar los pagos a cargo de las entidades territoriales que celebren un acuerdo de reestructuración y uno más que condiciona el destino de los recursos que perciba la entidad. Tampoco consagra el numeral 13 que a los exempleados se les desconozca el pago de sus acreencias pues, según el numeral 7, son los pensionados los primeros en el orden de prelación de pagos y los demás acreedores laborales también están allí debidamente clasificados. Por lo tanto, no es acertado

---

[2] Cita de cita: Gaceta del Congreso No. 550 del martes 14 de diciembre de 1999, pág. 2.

[3] Cita de cita: En el numeral 11 del artículo 58 de esta ley se señala que "*El acuerdo de reestructuración será celebrado entre la entidad territorial y los acreedores externos*" y, para garantizar la efectividad del acuerdo, el numeral 10 dice que "*Corresponderá al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la respectiva entidad territorial, determinar las operaciones que puede realizar la entidad territorial a partir del inicio de la negociación y que sean estrictamente necesarias para evitar la parálisis del servicios y puedan afectar derechos fundamentales*". Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el numeral 15, según el cual "*Una vez se suscriba el acuerdo de reestructuración y durante la vigencia del mismo, la entidad territorial no podrá incurrir en gasto corriente distinto del autorizado estrictamente (en) el acuerdo para su funcionamiento y el ordenado por disposiciones constitucionales*".

afirmar que se vulnera el derecho a la igualdad o se desconocen los derechos laborales adquiridos porque a los empleados se les paga puntualmente y a los exempleados no, pues las entidades territoriales que celebran estos acuerdos son aquellas que en general no tienen capacidad de pago a ninguno de sus acreedores, sean ellos empleados, exempleados u otros acreedores.

8. En síntesis, la decisión adoptada en el numeral 13 del artículo 58 de la Ley 550 hace parte del principio de libertad de configuración legislativa en materia económica, contiene medidas razonables y proporcionadas de dirección económica del Estado y apunta en la misma dirección en que fue concebida la ley de la cual hace parte: lograr la reactivación económica; proteger la función social de la empresa; facilitar la prestación de los servicios y el cumplimiento de las funciones a cargo de las entidades territoriales, y propender por el desarrollo armónico de las regiones. Por lo tanto, la Corte estima que los cargos formulados contra la norma acusada no están llamados a prosperar y, en consecuencia, declarará su exequibilidad.

En sentencia C-061 de 2010, la Corte Constitucional reiteró la posición anterior y aclaró que igual situación se presenta frente a los créditos que surjan con posterioridad a la suscripción del acuerdo:

En relación con los cargos formulados, en cuanto al supuesto incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades sometidas a un acuerdo de reestructuración, la Corte no hizo diferenciación alguna y desestimó el reproche en los siguientes términos:

"El acuerdo de reestructuración no constituye entonces una forma de extinción de las obligaciones y créditos a cargo de las entidades territoriales que acudan a él. Por el contrario, su pretensión es la de recuperar la entidad y organizar el pago de las obligaciones con sus acreedores (…)".

"Así entonces, las medidas del numeral 13 en referencia, es decir, la suspensión de términos de prescripción, la no operancia de la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, la no iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad, y la suspensión de tales procesos o embargos, lejos de configurar la vulneración del derecho a la igualdad, el incumplimiento de las obligaciones del Estado y el desconocimiento de derechos adquiridos de los extrabajadores, son medidas razonables y proporcionadas, coherentes con la finalidad de la Ley 550 y con la necesidad de recuperación institucional de las entidades territoriales, encargadas de garantizar la atención de las necesidades básicas de la población. Además, estas medidas no constituyen una forma de extinción de las obligaciones a cargo de los departamentos, distritos y municipios sino un mecanismo para poder cumplir con ellas, en la medida en que se recupere la capacidad de gestión administrativa y financiera de la respectiva entidad territorial. De esta forma, considera la

> *Corte que el legislador atiende adecuadamente la tensión que pudiese existir entre la prevalencia del interés general y los derechos que asisten a los acreedores del respectivo ente seccional o local que, en aplicación de la Ley 550, acude a un acuerdo de reestructuración". (Resaltado fuera de texto).*

Visto lo anterior no es cierto que, como lo sugiere el demandante, la Corte haya realizado un análisis de constitucionalidad centrado exclusivamente en las obligaciones surgidas antes de la firma de un acuerdo de reestructuración. Por el contrario, lo que se observa es que la Corte tuvo en cuenta que el numeral 13 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999 prohíbe adelantar cualquier proceso de ejecución o embargo, sin importar que un crédito haya nacido con anterioridad o con posteriorirdad (sic) *a la negociación, celebración o desarrollo del acuerdo.*

Con todo, no sobra recordar que la propia ley establece un tratamiento privilegiado y una regulación complementaria para asegurar el pago de las obligaciones contraídas con posterioridad a la firma del acuerdo de reestructuración. Es así como, por ejemplo, el artículo 19 de la ley dispone que el pago de cualquier crédito originado en fecha posterior a la negociación y con anterioridad a la celebración del acuerdo, "se atenderá en forma preferente, de conformidad con el tratamiento propio de los gastos administrativos"; así mismo, el artículo 34-9 de la ley establece el pago preferente y privilegiado de los créditos causados con posterioridad al acuerdo e incluso contempla la posibilidad de terminación del acuerdo en caso de incumplimiento[4]*; y por último, el artículo 35 de la ley señala que la transgresión de dichas obligaciones será causal de terminación del acuerdo, "de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial"*[5]*.* (Líneas son del texto).

De conformidad con lo expuesto, es claro que cuando una entidad territorial suscribe un acuerdo de restructuración conforme a la Ley 550 de 1999, es improcedente que un Juez inicie o continúe un proceso ejecutivo contra ella, ya sea que la obligación nazca antes, dentro del proceso de negociación o posterior a ella. Lo anterior, por cuanto la prohibición en tal sentido,

---

[4] Cita de cita: *"Artículo 34.- EFECTOS DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACION. (…) 9. Los créditos causados con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, al igual que la remuneración de los promotores y peritos causada durante la negociación, serán pagados de preferencia, en el orden que corresponda de conformidad con la prelación de créditos del Código Civil y demás normas concordantes, y no estarán sujetos al orden de pago que se establezca en el acuerdo. El incumplimiento en el pago de tales acreencias permitirá a los acreedores respectivos exigir coactivamente su cobro, y podrá dar lugar a la terminación de la negociación del acuerdo o del acuerdo mismo, a menos que el respectivo acreedor acepte una fórmula de pago según lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 35 de la presente ley".*

[5] Cita de cita: *"Artículo 35.- CAUSALES DE TERMINACION DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACION. El acuerdo de reestructuración se dará por terminado en cualquiera de los siguientes eventos, de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial: (…) 5. Cuando se incumpla el pago de una acreencia causada con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, y el acreedor no reciba el pago dentro de los tres meses siguientes al incumplimiento, o no acepte la fórmula de pago que le sea ofrecida, de conformidad con lo dispuesto en una reunión de acreedores".*

contemplada en una norma especial de aplicación preferente[6], no se limitó exclusivamente a las acreencias que existieran con anterioridad a la negociación, celebración o ejecución del trámite de reestructuración.

Para el caso que convoca la atención de esta Sala y de acuerdo con la consulta efectuada en la página web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público[7], se advierte que el Departamento de Caldas suscribió un acuerdo de reestructuración de pasivos en la Dirección General de Apoyo Fiscal – DAF de dicha cartera ministerial, de conformidad con lo establecido en la Ley 550 de 1999.

La solicitud de reestructuración de pasivos fue inscrita por el Departamento de Caldas el 1º de octubre de 2012, la cual fue aceptada por acto de la misma fecha, a partir de la cual inició el proceso de reestructuración, que culminó el 17 de octubre de 2019, de lo cual dan cuenta igualmente las certificaciones allegadas al expediente.

La sentencia que constituye título ejecutivo en este proceso fue proferida el 13 de julio de 2016 y quedó ejecutoriada el 28 del mismo mes y año, esto es, en la etapa de ejecución del acuerdo de reestructuración de pasivos del Departamento de Caldas, que al haber finalizado para la fecha en que se resuelve esta apelación, permite la continuidad del proceso ejecutivo, máxime cuando se trata de una obligación contraída con posterioridad a la firma del acuerdo de reestructuración, para la cual la Ley 550 de 1990 estableció un tratamiento privilegiado y una regulación complementaria para asegurar su pago.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto, considera el Tribunal que la decisión de primera instancia debe ser revocada, para en su lugar, disponer que la Juez *a quo* estudie si se encuentran dados los presupuestos procesales para librar mandamiento de pago en este asunto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

---

[6] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Providencia del 11 de octubre de 2016. Radicación número: 47001-23-31-000-1999-00182-01(55132).

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

RESUELVE

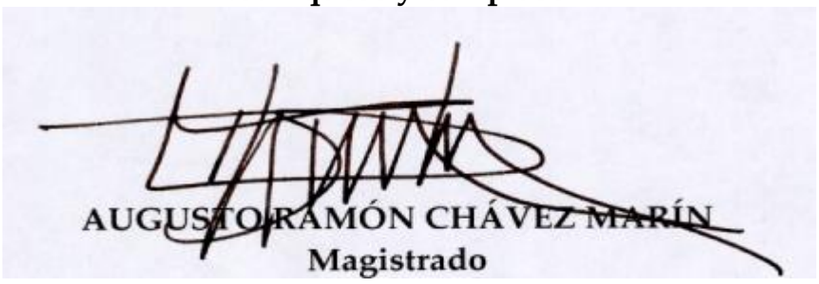
Primero. REVÓCASE el auto del nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, a través del cual negó mandamiento de pago dentro del proceso ejecutivo promovido por la señora Gloria Inés Estrada de Giraldo contra el Departamento de Caldas.

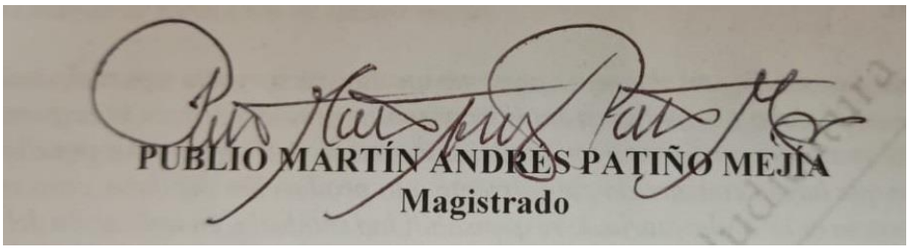
En consecuencia,

Segundo. ORDÉNASE al Juzgado de primera instancia estudiar si se encuentran dados los presupuestos procesales para librar mandamiento de pago en este asunto.

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático *"Justicia Siglo XXI"*.

Notifíquese y cúmplase





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. **105**
FECHA: **18 de agosto de 2020**

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Auto da trámite

Acción:	Conflicto de competencias administrativas
Demandante:	INFICALDAS
Demandado:	Gobernación de Caldas
Radicado:	17001233300020200019300
Acto judicial:	Auto de sustanciación 124

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

§01. Estando el proceso para el estudio de la definición de competencias administrativas de la referencia, se da trámite al mismo.

1. Consideraciones

§02. El 27 de julio de 2020 se presentó el conflicto de competencias administrativas entre INFICALDAS y la gobernación de Caldas respecto de la petición de la señora DALIRIS ARIAS MARÍN.

§03. El 6 de agosto de 2020 se solicitó a la entidad peticionaria diera cumplimiento al artículo 6 del Decreto 806 de 2020.

§04. El 10 de agosto de 2020 la INFICALDAS remitió la solicitud a la procuraduría y a la gobernación de Caldas.

§05. Aunque no remitió a la peticionaria Daliris Arias Marín, se dará el trámite previsto en el artículo 39 del CPACA, para lo cual este auto se notificará a las partes, y a la señora DALIRIS ÁRIAS MARÍN se le comunicará la admisión el presente auto por el correo electrónico que registró en su solicitud, dariasm7@gmail.com.

§06. Por lo anterior, la sala sexta unitaria de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

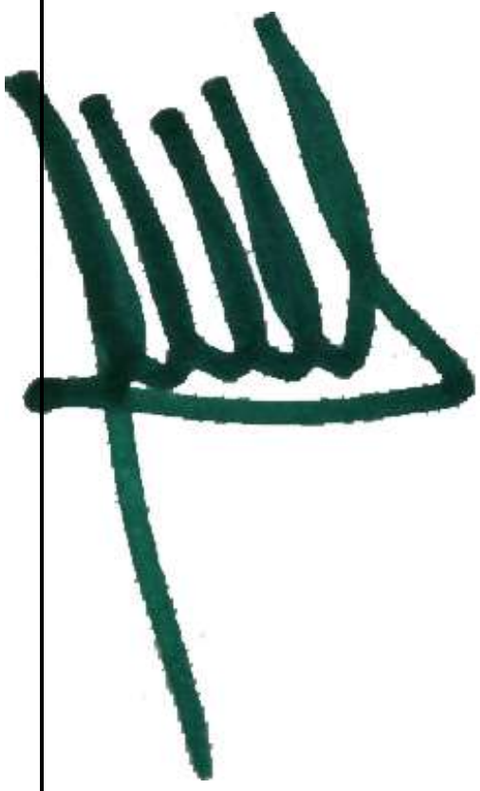
Resuelve

Primero: Por secretaría dar cumplimiento al artículo 39 del CPACA al presente procedimiento. Comunicar a la señora Daliris Arias Marín la existencia de este l presente trámite al correo dariasm7@gmail.com.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase
El Magistrado

RIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico **No. 105**.
nizales, 18 de agosto de 2020.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
43bf0f4948ee7fc259d191bfe93bad77c46d352b62efcafee971e96a0246d0d8
Documento generado en 14/08/2020 09:00:11 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 277

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17-001-33-33-755-2015-00051-02
Naturaleza:	Reparación Directa
Demandantes:	Sandra Ospina Calle y Otros
Demandado:	Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario (En adelante Inpec)
Llamado Gtia:	PAR Caprecom Liquidado[1]

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, , mediante la cual se denegaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante se declare responsable al Inpec por los perjuicios ocasionados a los demandantes en su calidad de madre, cónyuge, hijos, hermana y suegros del señor Alberto Cardona Grajales[2], ocurrida el día 13 de enero del 2013 en el establecimiento penitenciario y carcelario de Anserma - Caldas, al haberse omitido el deber de cuidado y prestación de atención médica idónea.

Que por lo anterior, se ordene a la demandada resarcir los perjuicios morales[3] ocasionados a los demandantes, así como los perjuicios o daños fisiológicos o daños a la vida de relación ocasionados a su cónyuge[4].

1.2. Hechos

Se manifiesta que los demandantes son madre, cónyuge, hijos, hermana y suegros del señor Alberto Cardona Grajales, quien falleció el 13 de enero de 2013 mientras se encontraba privado de su libertad en el establecimiento penitenciario y carcelario de Anserma - Caldas, donde se encontraba recluido desde el mes de mayo del año 2012.

---

[1] Sucesor procesal de Caprecom E.P.S. -hoy liquidado- (v. fls. 260-261, cdo. 1).
[2] Se advierte que la demanda no fue admitida respecto del señor Jairo de Jesús Cardona Grajales quien alegó la calidad de padre, ante la falta de poder especial por él conferido.
[3] Estimados en salarios mínimos legales mensuales vigentes, así;
- 100 para: Leonelly Grajales (madre) y Sandra Ospina Calle (cónyuge).
- 50 para: Nancy Cardona Grajales (hermana); Andrés y Felipe Cardona Ospina (hijos); María Nubia Calle y Luis Alberto Ospina (suegros).

[4] Tasados en 100 S.M.M.L.V.

Que el referido detenido padecía de asma, por lo cual en octubre de 2012 le habían sido recetados una serie de medicamentos para el manejo de su enfermedad, los cuales no fueron suministrados en la oportunidad adecuada. Que al fallecido no le fue asignada colchoneta por lo que debía dormir en el suelo, lo cual sumado a las condiciones de hacinamiento y mala salubridad del penal. Que el día de su fallecimiento fue trasladado al hospital del municipio de Anserma, a donde arribó sin signos vitales.

1.3. Fundamentos de derecho

Se cita como fundamentos la *"Ley 1437 de 2011, Código Civil arts. 2341 y ss. y demás normas concordantes y Código de Procedimiento Civil y Código General del Proceso"*. Se arguye que *"La responsabilidad por la muerte del recluso se endilga a las entidades demandadas, en atención a que desde el momento del ingreso del mismo a la cárcel, conocían los antecedentes asmáticos del señor Cardona Grajales, según su historia clínica, y por dicha dolencia, debió haber recibido un tratamiento especial y no asignarle una celda, sino un sitio especial, además de brindarle la atención médica que correspondía, además que cuando se sintió mal lo aislaron a otra celda lejos de los demás reclusos"*.

2. Contestación de la demanda

El **Inpec** se opuso a las pretensiones, advirtió en síntesis que no existió falla en el servicio, pues el señor Alberto Cardona falleció por causas naturales no imputables a la entidad, pues según se señala en la experticia de necropsia rendida por Medicina Legal su deceso tuvo como origen un infarto agudo de miocardio y no las alegadas pero inexistentes deficiencias en el manejo del cuadro de asma.

Que la parte actora se limitó a señalar que la muerte tuvo como origen una inadecuada atención por parte del Inpec frente al estado de salud del recluso por su cuadro de asma, sin embargo, no aporta ningún tipo de prueba de aquella afirmación, aunado a que, itera, su fallecimiento tuvo un origen distinto.

Que el Inpec cumplió con todas las actividades propias del servicio de vigilancia y custodia, tal y como dan fe de ello los reportes de los funcionarios de la entidad, los cuales manifiestan las actividades realizadas tras la manifestación del recluso de sentirse mal, sin que pudiera evitarse su inminente deceso, ante lo cual insiste, la parte actora no probó, ni alegó siquiera cuales fueron las acciones u omisiones que podrían reprocharse a la institución carcelaria.

Señala que la tasación de perjuicios realizada por la parte demandante es desproporcionada y carece de cualquier tipo de fundamentación argumentativa o probatoria que pueda respaldarla.

En línea con los argumentos expuestos, propuso las excepciones que tituló: *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, *"INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL INPEC CON RELACIÓN AL DAÑO ANTIJURÍDICO"*, *"INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO ANTIJURÍDICO FALLECIMIENTO DEL SEÑOR JHON JAIRO LOTERO* (sic) *Y LA PRESUNTA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO DE LOS FUNCIONARIOS PERTENECIENTES AL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC"* y *"FALTA DE DETERMINACIÓN DEL ORIGEN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES"*.

Finalmente, formuló llamamiento en garantía en contra de la E.P.S. Caprecom aduciendo que los servicios de atención en salud al interior de los establecimientos penitenciario del Inpec es prestado por dicha entidad.

La **E.P.S. Caprecom** a través de apoderado constituido por su agente liquidador se opuso a las pretensiones de la demanda al señalar que, no existe prueba alguna, ni manifestación en el sentido de que los empleados de Caprecom E.P.S. hayan prestado servicios de salud en forma inadecuada, inoportuna o deficiente al señor Alberto Cardona Grajales que hayan desencadenado su fallecimiento, por lo cual formuló la excepción de *"AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DE CAPRECOM EPS HOY CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, NEXO CAUSAL ENTRE EL HECHO ACONTECIDO Y LA CONSECUENCIA"*.

Con respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía señaló que, no existe vinculación legal o contractual alguna que imponga a Caprecom E.P.S. la obligación de asumir o reembolsar el eventual pago de una sentencia emitida en contra del Inpec.

3. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 25 de octubre de 2019 el *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante. Para ello realizó un análisis fáctico y jurisprudencial para determinar que, debía ser valorado desde la teoría de la responsabilidad por falla en la prestación del servicio de salud.

Al analizar los elementos de la responsabilidad en concordancia con los elementos probatorios consideró que, no se demostró que el fallecimiento de Alberto Cardona tuviese algún tipo de relación con omisiones o atenciones indebidas en los servicios de salud que le fueron prestados al interior del penal o a las condiciones de su reclusión.

Que a pesar de que la parte actora alega que debió prestarse una suerte de *"atención especial"* al recluso por su cuadro de asma, tales diagnósticos no obran en el historial de prestación de servicios de salud que le fueron suministrados al interior del centro de reclusión, aunado a que tampoco se demostró que su fallecimiento tuviese origen en la referida enfermedad o en su agravación por falta de atención médica.

Concluye que, la responsabilidad de la demandada no se encuentra comprometida ya que no se probó la existencia de algún tipo de falla en el servicio de salud, ni que dicha falla haya sido la causa del fallecimiento.

4. Recurso de apelación

La parte accionante expuso su inconformidad con el fallo al considerar que se analizó el asunto desde la óptica de una *"responsabilidad médica"*, cuando por el contrario se trata de una *"responsabilidad por acción u omisión de las autoridades encargadas de la custodia del interno"* que conllevó a que se complicara en grado sumo su estado de salud, ya que no se dio el seguimiento y tratamiento adecuado a la patología que este padecía al momento de su ingreso al penal, agregando, que de haberse llevado al interno a tiempo al hospital el día de su deceso, se hubiera salvado.

En línea con lo anterior señala que, el *a quo* no realizó un análisis de las pruebas

aportadas por la parte demandante, limitándose al estudio de las allegadas por la entidad accionada. Ademas se opone a que se haya *"deja[do] sin piso jurídico la existencia de la entidad llamada en garantía que era la encargada de llevar a cabo todas las actividades frente a la vigilancia y prestación de los servicios de salud a los internos"*.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa - conformación de la parte actora

La sentencia recurrida inicia su parte antecedente, señalando como pretensiones de la demanda y objeto del análisis las formuladas por los demandantes, incluyendo las formuladas por el señor Jairo de Jesús Cardona de quien en el escrito de demanda se adujo la calidad de padre del fallecido Alberto Cardona Grajales, sin embargo, observa este Tribunal que el referido como demandante no obra en este asunto en tal calidad, según se pasa a exponer:

Mediante escrito de demanda radicado el 12 de marzo de 2015 el apoderado de la parte demandante, formuló pretensiones dentro del medio de reparación directa respecto de Leonelly Grajales, Jairo de Jesús Cardona Grajales, Nancy Cardona, Sandra Piedad Ospina, Andrés Cardona Ospina, Felipe Cardona Ospina, María Alba Nubia Calle y Luis Alberto Ospina Gutiérrez (fls. 5-13, cdo. 1). Sin embargo, al momento de estudiar la admisión de la demanda el *a quo* dispuso inadmitirla (fls. 46-47, cdo. 1) al advertir, entre otros aspectos que, el poder especial presentado para incoar la demanda fue otorgado para la radicación de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad ante la Procuraduría General de la Nación, que no, para la interposición del presente medio de control (fls. 3-4, cdo. 1).

Así las cosas, el apoderado de la parte actora radicó escrito de corrección de la demandada el 25 de mayo de 2015 (fls. 48-52, cdo. 1), presentado el poder especial otorgado para la interposición del presente medio de control, el cual, sin embargo, no fue suscrito por el señor Jairo de Jesús Cardona Grajales.

Como consecuencia de lo anterior, mediante proveído del 10 de agosto de 2015 (fls. 56-57, cdo. 1), el *a quo* dispuso la admisión de la demanda, respecto de Leonelly Grajales, Nancy Cardona, Sandra Piedad Ospina, Andrés Cardona Ospina, Felipe Cardona Ospina, María Alba Nubia Calle y Luis Alberto Ospina Gutiérrez, sin incluir al señor Jairo de Jesús Cardona Grajales, dado que este no otorgó poder para el efecto.

Así las cosas, la Sala modificará el ordinal tercero de la sentencia recurrida, en el sentido de advertir que la decisión que se adopte, lo será, respecto de las pretensiones formuladas por los demandantes Leonelly Grajales, Nancy Cardona, Sandra Piedad Ospina, Andrés Cardona Ospina, Felipe Cardona Ospina, María Alba Nubia Calle y Luis Alberto Ospina Gutiérrez, y no, como lo hizo la sentencia de primera instancia al incluir los pedimento de Jairo de Jesús Cardona Grajales, quien se itera, no obra como demandante en el presente asunto.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación propuestos por la parte demandante, se centra en resolver: ***¿Se encuentran***

probados además del daño[5], los elementos que dan lugar a la responsabilidad del Estado, con ocasión de la muerte del señor Alberto Cardona Grajales quien se encontraba privado de su libertad bajo custodia del Inpec?

Tesis del Tribunal: No se encuentran acreditados los elementos que dan lugar a la responsabilidad del Estado, dado que, el daño cuyo resarcimiento se depreca, no resulta imputable al actuar del Inpec, pues no se probó que su actuar fuese la causa el fallecimiento del señor Alberto Cardona Grajales.

Para fundamentar lo expuesto, se analizarán: i) los hechos acreditados; ii) el régimen de responsabilidad aplicable y iii) la imputación fáctica o jurídica.

2.1. Hechos acreditados y pruebas relevantes

- Registros civiles de nacimiento (fls. 18, 25, 26 y 53, cdo. 1) de Alberto Cardona Grajales (fallecido), Felipe Cardona Ospina (hijo del fallecido), Andrés Cardona Ospina (hijo del fallecido) y Nancy Cardona Grajales (hermana del fallecido).

- Registro civil de matrimonio (fl. 13, cdo. 1) entre Alberto Cardona Grajales y Sandra Piedad Ospina Calle, así como registro civil de nacimiento de esta última (fl. 19, cdo. 1) documentos de los que se solventa la afinidad entre aquellos, al igual que con los señores María Alba Nubia Calle y Luis Alberto Ospina (suegros del fallecido).

- Registro civil de defunción (fl. 45, cdo. 1) según el cual el señor Alberto Cardona Grajales falleció el 13 de enero de 2013.

- Documento suscrito por el Médico Patólogo Carlos Hernán Collazos Gamboa del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el cual señala que *"Haciendo correlación de la historia clínica aportada y del protocolo de necropsia, con los hallazgos histopatológicos encontrados, es posible concluir una probable causa de muerte consistente en infarto agudo de miocardio basado en los hallazgos de fibrosis (probable infarto agudo y necrosis de microfibrillas, probable infarto reciente)…"* (fls. 40-41, cdo. 1).

- Historia clínica del señor Alberto Cardona Grajales en atención del día de su deceso en el cual se relata su ingreso sin signos vitales y se informa *"DIAGNOSTICO(S) – PRINCIPAL: R961-MUERTE QUE OCURRE EN MENOS DE 24 HORAS DEL INICIO DE LOS SÍNTOMAS, NO EXPLICADA DE OTRA FORMA."* (fls. 43-44, cdo. 1).

- Libro de guardia (fls. 129, 130 y 139, cdo. 1) en el cual se registran anotaciones con respecto al recluso Alberto Cárdenas Grajales, así:

"Fecha	*Hora*	*Anotaciones*
13-01-13	*18:55*	*el Dgte Morales Cardona Néstor le suministró al Interno de la U.T.E. Alberto Cardona Grajales 1 tableta de celestone 05mg porque el interno se la solicitó para la asfixia, sin presentarse más novedad.*

[5] Advertido por la Sala que no existe ningún tipo de controversia sobre la existencia del daño cuyo resarcimiento se depreca en el *sub lite,* esto es, fallecimiento del señor Alberto Cardona Grajales ocurrido el día 13 de enero de 2013, situación de la que además da fe su registro civil de defunción.

13-01-13 19:34	*Según orden verbal del señor director encargado… es sacado a la sección de urgencias del hospital local al interno Alberto Cardona Grajales, porque presenta al parecer asfixia y no puede caminar…*
13-01-13 19:50	*Regreso del hospital local el Dgte Morales Cardona Néstor… informando que el interno Alberto Cardona Grajales al parecer sufrió un infarto fulminante, sin más novedad.*
13-01-13 21:35	*Regreso del hospital el agte Policía Judicial Bohórquez Santofimio Nayib informando que se hizo el procedimiento en el hospital local con el interno fallecido al parecer por un infarto Alberto Cardona Grajales."*

- Testimonio rendido por los dragoneantes del Inpec José Arcesio Sánchez Marín y Néstor Uriel Morales Cardona[6] quienes se hallaban prestando servicio el día del fallecimiento del señor Cardona Grajales, los cuales son uniformes en señalar que, el día 13 de enero de 2013 cerca de las 6 de la tarde el referido recluso aseveró problemas para respirar por lo cual se le sacó de la celda y se llevó a la unidad de tratamiento especial donde se hace vigilancia constante por parte de los guardias y que cerca de las 7:00 pm aquel aseveró sentirse más enfermo, por lo que el director encargado de la institución de reclusión dispuso su traslado al hospital a donde llegó sin vida a pesar de la cercanía del mismo. Ambos declarantes señalaron que desconocían algún tipo de antecedente de asma del recluso, pues solo hasta el día de su fallecimiento fue que aquel se los puso de presente.

- Testimonio de la galena Patricia Duque Ospina[7] quien prestaba servicios de salud al interior del penal, quien señaló que el interno Alberto Cardona Grajales no se encontraba en un estado delicado de salud y no era un recluso que estuviera frecuentemente en consultas o atenciones médicas, por lo que, "*no tenía control médico especial, ni lo pedía, ni él nunca lo manifestó*", insiste en que, *"el paciente nunca manifestó enfermedad crónica, ni hipertensión, ni enfermedades coronarias…"* incluso señala que en el acta de valoración al ingreso al penal únicamente se refiere un antecedente de tos.

- Testimonio del señor José Arcesio Sánchez Marín[8] quien era par de reclusión del fallecido Alberto Cardona Grajales, quien si bien señaló que observó problemas de salud derivados de una afección respiratoria, respecto al día de su fallecimiento únicamente presenció el momento en el que aquel fue retirado de la celda y limitó sus demás señalamientos a consideraciones propias sobre las posibles razones de su fallecimiento, empero sin relatar un conocimiento directo de lo acontecido.

- Testimonios de Zuleima Andrea Arango, Eliana Isabel Gómez y Javier de Jesús Pulgarín[9] quienes depusieron sobre su conocimiento de las relaciones familiares de los

[6] Declaraciones rendidas en audiencia de pruebas del 11 de octubre de 2017 (fl. 258, cdo. 1).
[7] *Idem at supra.*
[8] Declaración rendida en audiencia de pruebas del 10 de octubre de 2017 (fl. 249, cdo. 1).
[9] *Idem at supra.*

demandantes con el señor Alberto Cardona Grajales y sobre la reclusión de este último en el centro penitenciario de Anserma, Caldas.

2.2. Régimen de responsabilidad aplicable

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA, que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable, es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico *"venite ad factum, iura novit curia"*, que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales[10].

Las imputaciones jurídicas de la demanda, realizadas en contra del Inpec, aluden al daño causado por lo que se alega fue una indebida atención en salud al recluso Alberto Cardona Grajales, insistiendo tanto en el escrito introductor como en el recurso de alzada en que, la entidad accionada no le proporcionó la atención idónea para la patología de asma que padecía lo cual conllevó a su deceso, agregando en su recurso de apelación un nuevo reproche frente al actuar del Inpec dirigida a argüir que, de haberse remitido al señor Cardona Grajales en forma más ágil a una institución prestadora de salud el día de su muerte, esta se hubiese evitado.

Así las cosas, es procedente aplicar el título de imputación de falla en el servicio, dado que, si bien el H. Consejo de Estado ha señalado que: *"A propósito de los daños antijurídicos provenientes de las lesiones o la muerte sufridas por las personas que se encuentran en tales condiciones, es decir legalmente privadas de la libertad, la jurisprudencia de la Sala ha considerado que surge a cargo del Estado una responsabilidad de naturaleza objetiva, en la medida en que recae sobre él una obligación de vigilancia y protección sobre tales personas…"*[11], este escenario muta cuando el fallecimiento del recluso atienda a causas de salud, pues en tal caso lo presentado es una inadecuada prestación de tal servicio, el cual debe ser garantizado a las personas privadas de su libertad en iguales términos que a los demás administrados. En efecto en sentencia del 10 de agosto de 2001

[10] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 14 de agosto de 2008. Rad.: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).
[11] Sección Tercera. 10 de septiembre de 2014. Rad.: 73001-23-31-000-2002-01946-01(29898).

señaló[12]:

> *"En el caso específico de los daños causados a quienes se encuentran privados de la libertad por orden de autoridad competente, la jurisprudencia de esta Corporación había dicho aplicar el régimen de "presunción de responsabilidad"*
> *…*
> *Sin embargo, considera la Sala oportuno aclarar que en cuanto tiene que ver específicamente con el daño sufrido por quien se encuentra privado de la libertad, proveniente de la prestación del servicio de salud a cargo de la institución carcelaria, la determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración debe ser analizada con fundamento en un régimen de responsabilidad distinto.*
>
> *Esta última hipótesis amerita una solución jurisprudencial propia. Basta con revisar los antecedentes jurisprudenciales que consagran la postura jurisprudencial referida, para concluir que su aplicación se circunscribe a aquellos casos en los cuales el daño sufrido por el recluso: lesiones o muerte, han sido ocasionados por acción de la autoridad que ejerce vigilancia sobre ellos (guardias carcelarios, agentes de policía, soldados), por otros detenidos, o por terceros que generalmente no son identificados.*
> *…*
> *Así las cosas, considera la Sala que la verificación de dichas condiciones por parte del centro de reclusión frente a los detenidos que presenten alguna alteración en su estado de salud debe efectuarse de la misma manera que ocurre en tratándose de la atención brindada a los pacientes que no se encuentran en dicha circunstancia, por las instituciones públicas que prestan servicios médico asistenciales. En consecuencia, en uno y otro caso el régimen de responsabilidad aplicable también debe ser el mismo.*
>
> *Precisado lo anterior, la Sala concluye que las controversias sobre responsabilidad extracontractual del Estado originadas en daños sufridos por los reclusos,* ***derivados de la prestación del servicio de salud*** *por parte del establecimiento carcelario, deben resolverse acudiendo a la noción de* ***falla del servicio****, sin perjuicio de que pueda darse aplicación al principio de las cargas probatorias dinámicas, y, con él, a las presunciones de falla, cuando el caso concreto lo amerite y, en el entendido de que el cumplimiento de dicho compromiso, como lo ha precisado la Sala, excluye "los deterioros normales y explicables de ella (la salud), a la luz de la ciencia médica", o mejor aún, "las enfermedades y problemas de salud inherentes ordinariamente a la misma naturaleza del ser humano", pues estas circunstancias configuran una causal eximente de responsabilidad estatal, cual es el hecho de la víctima.* (Se resalta)

Posición que ha sido reiterada por dicha Corporación en reciente pronunciamiento, datado 29 de marzo de 2019, al señalar[13]:

> *"…La Sección Tercera ha considerado que la imputación de responsabilidad al Estado por los daños causados durante el tiempo de la reclusión, pero que no pueden considerarse como inherentes a la misma, se debe llevar por la cuerda del régimen objetivo, régimen que, como se evidencia en la cita que viene de ser transcrita, ha encontrado un campo de aplicación privilegiado en los eventos de afectaciones a la vida y a la integridad psicofísica de los detenidos.*

[12] Sección Tercera. Rad.: 50001-23-31-000-1994-4506-01(12947).
[13] Sección Tercera. Rad.: 76001-23-31-000-2004-02167-01(43683).

> *Lo anterior no significa que se deje de lado la aplicación del régimen general de responsabilidad, esto es, el fundado en la falla del servicio, el cual debe privilegiarse cuando se evidencie que la administración penitenciaria funcionó anormalmente o fue negligente en el cumplimiento de sus deberes. Además, en los eventos en que los daños cuya indemnización se reclama sean atribuidos a la prestación de servicios médicos en centros carcelarios, se ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo*[14]*, lo cual se explica porque, aunque producidos durante la reclusión,* ***no se produjeron en virtud de esta última, de ahí que sea necesario demostrar la existencia de la falla del servicio para comprometer la responsabilidad del Estado***[15]*."* (Se destaca).

En cuanto a los elementos cuya acreditación resulta necesaria para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en el título jurídico —subjetivo— de imputación consistente en la falla en el servicio, la jurisprudencia ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia -además del daño- de la existencia de *"(ii) una conducta activa u omisiva jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía"*[16].

De acuerdo a lo anterior, en el presente asunto es aplicable el régimen subjetivo de responsabilidad bajo el titulo jurídico de imputación de falla en el servicio, y por ello la Sala se adentrará a analizar si se probaron, además del daño, los elementos propios de dicho régimen de responsabilidad, esto es, la imputación fáctica o jurídica -nexo de causalidad- entre lo actuado por el Inpec y el fallecimiento del señor Alberto Cardona Grajales.

2.3. La imputación

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en cada caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

> *"En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la*

---

[14] Cita de cita: En sentencia de la Subsección "A" de 8 de febrero de 2012, exp. 22943, se sostuvo que cuando lo que "*se discute es la responsabilidad del Estado originada en daños sufridos por los reclusos, derivados de la prestación del servicio de salud por parte del establecimiento carcelario, la Sección ha sostenido que el régimen de responsabilidad aplicable es el de la falla del servicio*".

[15] Cita de cita: Sobre el particular la Sección ha anotado que el INPEC, entidad a cargo de la cual se encuentra la dirección, administración y vigilancia de los centros de reclusión del orden nacional (artículo 16 de la Ley 65 de 1993), debe velar por la salud de los internos (artículo 104 de la Ley 65 de 1993) y, en ese sentido, garantizar la prestación del servicio médico "*en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación*", sentencia de 10 de agosto de 2001, exp. 12947.

[16] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de Marzo de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación No. 66001-23-31-000-2003-00145-01(33001).

imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)[17].

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (…)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(…) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación (…)"[18].

Como se dijo en precedencia el asunto debe estudiarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone a la parte actora no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño.

En el caso concreto la parte actora imputó el daño al Inpec, en lo que a su juicio fue una indebida prestación de los servicios de salud al señor Alberto Cardona Grajales al interior del penal frente a la patología de *"asma"* y a las condiciones de su reclusión.

Del análisis de las pruebas aportadas se colige que, la existencia del referido

[17] Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.
[18] Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

padecimiento del fallecido, no pasó de ser una simple afirmación, pues no se aportó ningún medio probatorio, tal como historia clínica, certificado médico que permitiera aseverar tal condición clínica; véase como incluso la galena que prestaba servicios de salud al interior del penal señaló que, tal padecimiento no se encontraba registrado en su historial médico, ni fue motivo de consulta o peticiones especiales de atención médica por parte del recluso o sus familiares.

Incluso pese a que algunos de los declarantes advirtieron ver al señor Cardona Grajales utilizando un inhalador y con afecciones que podrían atender a un problema respiratorio, las probanzas sobre el particular no pasan de dichas aseveraciones, lo cual impide afirmar con certeza la existencia de una afección especifica -asma-, ni que haya exigido algún tipo de atención médica que haya sido desconocida por la entidad demandada o que las condiciones de su reclusión influyeron en ella.

Aunado a lo anterior, las pruebas obrantes en el plenario apuntan a que el fallecimiento del señor Cardona Grajales, tuvo una causa muy diferente, como lo consideró el Instituto de Medicina Legal al señalar que, la causa probable de muerte fue un *"infarto agudo de miocardio"* (fls. 43-44, cdo. 1).

Ahora bien, en forma novedosa en el recurso de alzada argumenta que incluso en el marco de la referida afección cardiaca, si el señor Cardona Grajales hubiese sido dirigido a los servicios de salud con mayor prontitud su vida se hubiese salvado. Sin embargo, ello también es una afirmación desprovista de toda prueba, lo que ademas impide determinar cuál hubiese sido el tratamiento o el curso de acción adecuado.

En tal sentido se concluye que, el daño cuyo resarcimiento se depreca, esto es, el fallecimiento del señor Alberto Cardona Grajales no resulta imputable al Inpec, dado que nada se probó sobre que el actuar desplegado por dicha entidad fuese la causa del fallecimiento.

Así, por lo discurrido se halla respuesta negativa al problema jurídico planteado-como igualmente lo hizo el *a quo*-, lo que impone confirmar el fondo de la sentencia recurrida -con la modificación planteada líneas atrás.

Finalmente, no hallan eco de prosperidad los cargos de apelación sucintamente referidos por la parte actora sobre una omisión del *a quo* al analizar una suerte de responsabilidad en cabeza de Caprecom E.P.S. (hoy liquidada), pues dicha entidad no fue atada al trámite procesal como demandada con miras a que se determine en forma independiente su responsabilidad, sino que se encuentra vinculada como llamada en garantía del Inpec, esto es, con la finalidad de determinar su responsabilidad frente a dicha institución en caso de una sentencia condenatoria.

3. Costas

Atendiendo al criterio objetivo valorativo no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que, no se encuentran acreditadas, toda vez que la parte demandada no incurrió en gastos procesales y no intervino a través de apoderado judicial ante esta instancia.

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: MODIFÍCASE el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el día 25 de octubre de 2019, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda, el cual quedara así:

> *"**TERCERO. NIÉGANSE** las pretensiones de REPARACIÓN DIRECTA formuladas por LEONELLY GRAJALES, NANCY CARDONA, SANDRA PIEDAD OSPINA, ANDRÉS CARDONA OSPINA, FELIPE CARDONA OSPINA, MARÍA ALBA NUBIA CALLE Y LUIS ALBERTO OSPINA GUTIÉRREZ contra el INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC."*

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS por lo expuesto en precedencia.

CUARTO: 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. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 278

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17-001-33-33-002-2015-00195-02
Naturaleza:	Reparación Directa
Demandante:	Constructora Inmobiliaria y Comercializadora G&G S.A.S.
Demandado:	E.S.P. Aguas de Manizales S.A.
Llamado en Gtia:	Royal & Sun Alliance Seguros S.A. (hoy Suramericana S.A.)

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, mediante la cual se denegaron las pretensiones formuladas.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare responsable a la demandada por los daños causados con ocasión de una ocupación del inmueble de su propiedad, a través del cual pasan dos tuberías de acueducto y alcantarillado.

Por lo anterior, depreca sean resarcidos los perjuicios materiales causados ya que por dicha ocupación no pudo culminar o vender el proyecto inmobiliario para el cual había adquirido la propiedad objeto de ocupación, afectaciones que valora en la suma de $234.000.000 correspondiente a la suma que fue invertida frente a la cual no se logró retorno alguno.

1.2. Hechos

Señala que adquirió por compraventa, un lote de terreno ubicado en la calle 4 No 16A-42, Urbanización La Francia de Manizales, tal y como consta en la Escritura Pública 7397 del 20 de septiembre de 2012 y en el Certificado de Matrícula Inmobiliaria 100-114423. Lo anterior, por un valor de $27.717.000 más el importe correspondiente a una hipoteca constituida sobre el bien que ascendía a $100.000.000.

Que el inmueble fue adquirido con el único propósito de construir y comercializar un proyecto de vivienda bi-familiar, por lo cual, contrató los respectivos estudios de suelo y con base en ellos radicó solicitud de licencia de construcción, la cual fue otorgada en el año 2013, mediante resolución No 220072-213 de la Curaduría Urbana No. 2 de Manizales. Una vez obtenida la licencia de construcción dio inicio a la primera parte del proyecto urbanístico, pero en junio de 2013, se hallaron a profundidad dentro del lote de terreno

dos tubos de 6 y 12 pulgadas, así como una recámara de aproximadamente 4 metros cuadrados, todo correspondiente al sistema de alcantarillado de propiedad de Aguas de Manizales.

Que la existencia de las referidas redes de acueducto y alcantarillado hicieron que el proyecto urbanístico resultara inviable, impidiendo la culminación de las obras que se pretendía adelantar e incluso la comercialización del predio. Que finalmente el acreedor hipotecario adelantó tramite ejecutivo en su contra que finalizó con la asignación del inmueble a aquel.

1.3. Fundamentos de derecho

Invoca como fundamento de sus pretensiones los artículos 2, 6, 58 y 90 de la Constitución Política; 140 de la Ley 1437 de 2011; 57, 116 y 117 de la Ley 142 de 1994; 3, 9 y 18 de la Ley 56 de 1981; 58 y 63 de la Ley 388 de 1997; y 765, 793, 879 y 888 del Código Civil.

Al paso de un recuento jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la ocupación de bienes inmuebles por obra pública, arguyó que, la existencia las obras que ocuparon el inmueble eran imperceptibles para cualquier ser humano, las cuales solo pudieron hallarse tras la remoción de tierra para la construcción del proyecto, aunado que en ningún momento Aguas de Manizales pidió autorización a los propietarios anteriores para la ocupación del predio con tales redes de servicios públicos, así como tampoco constituyó servidumbre sobre el inmueble.

En tal sentido, considera que la ocupación del inmueble le generó un daño antijurídico concretado en su imposibilidad de finalizar y comercializar las unidades de vivienda que pretendía construir en el inmueble que adquirió con tal finalidad, pues incluso sus potenciales clientes al enterarse del hallazgo de los referidos tubos se apartaron de cualquier intención de negocio, lo que conllevó a la imposibilidad de cancelar el crédito respaldado con la garantía hipotecaria que recaía sobre el bien, que derivó en el cobro ejecutivo y ello en el remate y adjudicación del bien inmueble al acreedor hipotecario.

2. Contestación de la demanda

La **E.S.P. Aguas de Manizales S.A.** señaló que no es posible hablar de una ocupación ilegal del lote, pues el Código Civil reconoce las servidumbres de hecho y de derecho siendo el presente caso una de las primeras. Que en todo caso, las referidas tuberías hacen parte de las redes de acueducto y alcantarillado que ya existían en la ciudad para el año 1997, en que asumió la prestación de este servicio público recibiendo en concesión dichas redes, empero, aclara que adecuó el trazado de dichas redes en el año 2010 con el fin de dirigirlas a través de la vía publica y que actualmente las tuberías que pasan por el predio objeto de discusión no son utilizadas por la E.S.P., lo cual, resalta, ocurrió incluso antes de la adquisición del bien por parte del demandante.

Con relación a los supuestos daños generados, señala que la actora no acredita la supuesta existencia de una relación contractual o negocial con algún cliente interesado en el proyecto de vivienda respecto del cual no se habían generado grandes avances para el momento en que al demandante afirma "se hallaron los tubos y la recamara" que iba a construir y que incluso resulta contradictorio señalar que, el terreno en el año 2012 según estudio de suelos realizado por la parte actora y licencia de construcción otorgada por la curaduría urbana era apto para la construcción planteada, pero que tal viabilidad desapareció para el año 2013, cuando itera, dichas tuberías se encuentra en desuso desde el año 2010.

Con sustento en lo anterior, afirma que los daños que se alegan son responsabilidad del mismo demandante, quien contrató un estudio de suelos ineficiente para su proyecto de construcción o simplemente no logró vender un proyecto inmobiliario que inició y no optó por terminar, pues bien pudo retirar las tuberías que ya no estaban en uso y continuar la edificación.

Resalta que, según el relato efectuado por la parte actora esta adquirió un bien por valor de $127.121.000 en septiembre de 2012 y el mismo fue rematado un año más tarde por el 75% de su valor de mercado, que según concepto de perito avaluador era de $275.000.0000, es decir que dicho terreno se valorizó en un 200% en menos de un año, por lo que no se observan los supuestos perjuicios causados ya que incluso se obtuvo una ganancia, aunado a que no es compresible tal revaluación en un terreno que según alega la parte actora no puede ser objeto de edificación.

Igualmente resalta que la propia parte actora, señaló que le fue otorgada licencia de construcción en mayo de 2013 y que, se percató de la existencia de las tuberías en junio siguiente, por lo que resulta imposible endilgar el incumplimiento del crédito respaldado con hipoteca como una consecuencia de dicha situación, pues este incumplimiento data de agosto de 2013, lo que permite advertir que el pago de dicho crédito no estaba planteado según la venta del proyecto urbanístico, pues su construcción y posterior venta, razonablemente no podría efectuarse en 2 meses.

Advierte que, en caso de que los tubos afectaran la edificabilidad del terreno, la demandante debió accionar contra el vendedor del lote, por el supuesto vicio oculto.

Con fundamento en lo anterior formuló las excepciones: "*INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL*", "*DAÑO MERAMENTE HIPOTÉTICO O EVENTUAL*", "*HECHO SUPERADO O CARENCIA DE OBJETO*, *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*" y "*RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO*".

Finalmente, llamó en garantía a Royal & Sun Alliance Seguros S.A. en virtud de la póliza de responsabilidad extracontractual adquirida.

La **aseguradora llamada en garantía** señaló que, los eventos objeto de reclamación no hacen parte de las coberturas brindadas con ocasión de la póliza base del llamamiento formulado, advirtiendo que, en todo caso, deberá tenerse en cuenta el agotamiento de la cobertura por reclamaciones anteriores y el pago del de deducible correspondiente.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante. Luego de realizar un análisis fáctico y jurisprudencial el caso determinó que el mismo debía ser valorado desde la existencia de los tres elementos necesarios para configurar la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, el daño, la acción u omisión como causa eficiente del daño y la imputación.

Al analizar los referidos elementos consideró que, no existe prueba que permita establecer que el alegado fracaso del proyecto urbanístico de construcción de viviendas que pretendía desarrollar la sociedad demandante, estuviera relacionado con la existencia de la red de alcantarillado en el predio, toda vez que se acreditó la existencia de la licencia de construcción expedida por la curaduría urbana de Manizales, la cual fue concedida al encontrarse por la autoridad reunidos los requisitos exigidos por las normas colombianas para dicho efecto, especialmente, los estudios de suelo, el proyecto

arquitectónico y los cálculos estructurales.

Así mismo, consideró demostrado que la demandante logró desarrollar parte del proyecto -una vivienda en el predio afectado con la antigua servidumbre-, sin que exista evidencia que como consecuencia de la red de alcantarillado, la edificación sufriera afectación en su estructura, y que ello hubiera incidido en el desarrollo del proyecto urbanístico.

Igualmente señaló que, con parte de la prueba testimonial recaudada se pudo constatar que la existencia de los tubos que atravesaban el predio no era una situación indetectable por la sociedad demandante, pues algunos testigos relataron que dicha tubería era ampliamente conocida pues se podía observar como esta sobresalía a la parte trasera del predio, al igual que la recámara que se observaba a simple vista en el *"patio"* de la vivienda construida.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** se opuso a la sentencia al considerar que, no se tuvieron en cuenta indicios y pruebas claras que denotan que el fracaso del proyecto urbanístico se dio por la ocupación del predio por parte de Aguas de Manizales, de manera permanente y sin adelantar los trámites pertinentes para ello. Que los funcionarios de esta afirmaron que, al momento de desviar la red acueducto hacia la vía pública, se decidió simplemente abandonar las tuberías existentes y la recamara construida por el costo de su retiro.

Señaló que, no se tuvo en cuenta que a pesar de las pruebas presentadas por la entidad accionada sobre la construcción de un desvió hacia la vía publica de la red de alcantarillado, igualmente se probó que por las tuberías que atraviesan el terreno objeto de controversia *"por algún motivo que solo conoce Aguas de Manizales"* aun se observa tránsito de aguas, sin que se pueda dar plena validez a lo señalado por los funcionarios de la entidad accionada que al respecto se limitaron a señalar que puede tratarse de aguas derivadas de los niveles freáticos del terreno, pues esto no se comprobó.

II. Consideraciones

1. Cuestión previa

Por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, en este caso es aplicable el artículo 328 del Código General del Proceso - CGP, que prevé: **"***El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones."* (Subraya la Sala).

En tal sentido, el H. Consejo de Estado en reciente pronunciamiento ha reiterado la facultad del Juez de segunda instancia para analizar la existencia de situaciones que deban declararse de oficio como las excepciones de carácter perentorio[1]:

> *"Si bien es cierto, de conformidad con el literal 3* (sic) *del artículo 175 del CPACA la oportunidad para proponer las excepciones es al momento de contestar la demanda y si aquellas son previas, deberán resolverse en la audiencia inicial, en atención a que el artículo*

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez, 10 de octubre de 2018, Radicación: 08001-23-33-000-2013-00082-01(3808-15).

187[2] *de la Ley 1437 de 2011, en el inciso segundo admite que el fallador se pronuncie sobre cualquier excepción que encuentre probada, es necesario efectuar un pronunciamiento sobre el particular.*

Es de resaltar además, que las excepciones de falta de jurisdicción y caducidad propuestas en el recurso de apelación no fueron debatidas en ninguna de las instancias anteriores a esta etapa procesal, dado que la contestación fue presentada de forma extemporánea, sin embargo, en atención a que el juez de segunda instancia puede declarar de oficio cualquier excepción y en virtud al deber de evitar decisiones inhibitorias, procede la Subsección a analizar los medios exceptivos propuestos…" (Subraya la Sala).

En tal sentido, procede este colegiatura a pronunciarse sobre la legitimación en la causa por activa de la demandante frente al medio de control impetrado, al advertirse que la misma no fue valorada por el Juez de primera instancia al momento de admitir la demanda como un presupuesto básico de la acción, ni tampoco fue objeto de pronunciamiento en la etapa de resolución de excepciones, ni en la sentencia que puso fin a la instancia, a pesar de que como se expondrá líneas adelante, la demanda fue impetrada sin contar con legitimación para el efecto.

2. Legitimación por activa

El Consejo de Estado ha señalado que, en asuntos de ocupación de inmuebles por obra pública la legitimación por activa para deprecar la reparación de los daños por ella ocasionados recaen sobre el propietario o poseedor de los inmuebles al momento en que se efectuaron las obras correspondientes[3]:

"Tal es la conclusión a la que conduce la postura que hasta ahora ha asumido la Sala con respecto a la titularidad del derecho de acción en estos casos pues, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando el ***actor invoca la calidad de propietario del predio afectado por la actividad de la Administración, se le ha exigido que acredite haber ostentado dicha condición durante el tiempo en que las obras se realizaron y, en todo caso, antes de que las mismas hubiesen sido concluidas****…*

En este sentido, la Sala ha expresado:

«En el campo de la indemnización por trabajos públicos o derivados de una obra igualmente pública, la fecha de ejecución cumple un papel decisivo…

En tales condiciones, por tratarse de una obra construida antes de la adquisición del inmueble por parte del demandante, ***éste carece de legitimación para demandar tales perjuicios****, máxime cuando en la venta que se le hizo (...) ninguna salvedad se hizo al respecto y menos una cesión de un posible derecho litigioso por los daños producidos por*

[2] Cita de cita: «*ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen. En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus. Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas. Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.*»

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 4 de diciembre de 2006, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente No. 52001-23-31-000-1996-07633-01(15351)

la obra misma»[4].

La posición de la Corte Suprema de Justicia en este sentido es referida en otro pronunciamiento[5] *en el que, siguiendo lo expuesto en el precedentemente citado, se anota:*

«La Corte dijo en dicho fallo [de fecha 31 de marzo de 1982]:

"La acción que tiene por objeto establecer la responsabilidad extracontractual de quien por su culpa o delito ha causado daño a otro y obtener la correspondiente indemnización de perjuicios, es de carácter personal y, en consecuencia, sólo puede intentarse por el que ha sido perjudicado con el daño, como se deduce del artículo 2.342 del Código Civil ***y no simplemente por quien después adquiera el dominio de la cosa dañada,*** *pues, se repite el derecho personal no es accesorio del real y para que pueda transmitirse a persona diferente de su titular es necesario que se de cumplimiento a las normas relativas a la cesión de derechos de que trata el título XXV del libro IV del Código Civil…" (Se resalta)*

En sentencia de abril 5 de 2013, el Consejo de Estado[6] en aplicación de la referida regla, señaló:

"20. En el caso concreto, está probado que la obra pública causante de la ocupación terminó de construirse el 28 de febrero de 1990 y que los señores Adriano y Cecilio Romero Vásquez adquirieron la propiedad del bien inmueble el 22 de mayo de 1997, con el registro de la escritura pública 0334 del 26 de marzo del mismo año (ver supra párr. 8.2). Esto significa que fue acertada la decisión del tribunal a quo, consistente en declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, ***teniendo en cuenta que los demandantes adquirieron la propiedad del inmueble cuando la entidad ya había concluido las obras*** *de ampliación de la avenida Primero de Mayo".*

Con base en lo anterior, la legitimación por activa para demandar la reparación de los perjuicios que se deriven de la ocupación de inmuebles por obra pública solo es predicable de quien haya ostentado la titularidad de bien afectado **durante el tiempo en que las obras se realizaron y en todo caso, antes de que las mismas hubiesen sido concluidas.**

En el caso objeto de análisis, se encuentra acreditado que:

- En el lote de terreno ubicado identificado con la Matrícula Inmobiliaria 100-114423 se encontraron dos tubos y una recamara correspondientes a un sistema de alcantarillado (fls. 37-39, cdo. 1) .

- En el año 2010, Aguas de Manizales abandonó las redes de acueducto y alcantarillado que atravesaban el predio. Al respecto, en el informe técnico rendido por el Director de Mantenimiento de Infraestructura de dicha entidad se indica que, *"mediante orden de trabajo No. 607023 de marzo de 2010, se realizó la construcción de un tramo de red de 19 MI de red de alcantarillado en 12" construida en Novafort por la vía publica, y a partir de estas obras se sacó de funcionamiento la red que estaba funcionando en servidumbre cruzando el inmueble objeto de la presente solicitud…"* (fls. 113-118, cdo. 1) .

---

[4] Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), Expediente No. 8789; C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.
[5] Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995), Expediente No. 9451, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.
[6] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp.: 27.153. Rad.: 25000-23-26-000-2000-01734-01

- Situación reiterada en el informe técnico de febrero de 2016, en el cual se señala que, tras visita realizada en el sector se pudo comprobar que, la *"red de alcantarillado en el predio estaba siendo utilizada exclusivamente para evacuar las aguas lluvias de la cubierta trasera del predio anteriormente enunciado, esta red fue sacada de funcionamiento por la empresa Aguas de Manizales en el mes de marzo del año 2010, por cuanto su operación ya no está a su cargo… la red objeto de la acción jurídica no trasporta aguas servidas recolectadas por el sistema de alcantarillado operado por la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P."* (fls. 119-123, cdo. 1).

- Que posteriormente la demandante adquirió por compraventa el referido inmueble mediante Escritura Pública 7397 del 20 de septiembre de 2012 (fls. 37-39, cdo. 1)

De acuerdo con lo anterior se colige que, la demandante adquirió el dominio del inmueble con posterioridad a la fecha en que se realizaron las obras de construcción de la red de acueducto y alcantarillado que se encuentran en el predio e incluso con posterioridad a la fecha en que Aguas de Manizales abandonó la referida red.

Al respecto, el articulo 929 del Código Civil señala: **"***Abandonado un acueducto, vuelve el terreno a la propiedad y uso exclusivo del dueño de la heredad sirviente, que sólo será obligado a restituir lo que se le pagó por el valor del suelo."*

Además, no se encuentra acreditado que el anterior propietario del inmueble haya cedido un posible derecho litigioso por los daños producidos por la obra o la ocupación del inmueble.

En tales condiciones, por tratarse de una obra construida antes de la adquisición del inmueble por parte del demandante, **éste carece de legitimación para demandar tales perjuicios**, máxime cuando en la venta que se le hizo, ninguna salvedad se realizó al respecto y menos una cesión de un posible derecho litigioso por los daños producidos.

Así las cosas, se impone confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la parte actora, empero por las razones aquí expuestas, siendo pertinente recordar que la decisión nugatoria de las pretensiones es la consecuencia de la carencia de legitimación por activa según lo ha referido el H. Consejo de Estado[7].

3. Costas

No se condenará en costas en esta instancia, en tanto el recurso de apelación no está siendo desatado en forma favorable o desfavorable a alguna de las partes, sino que se está declarando el acaecimiento de una excepción que da por terminado el asunto.

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: CONFIRMAR por las razones aquí expuestas la sentencia proferida el 28 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales dentro del proceso instaurado por Constructora Inmobiliaria y Comercializadora G&G S.A.S., contra Aguas

7 Ver entre otras, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 31 de enero de 2019, Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00941-01(43511) y Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, 1° de marzo de 2006, Radicación número: 15001-23-31-000-1992-02402-01(13764).

de Manizales S.A. E.S.P.

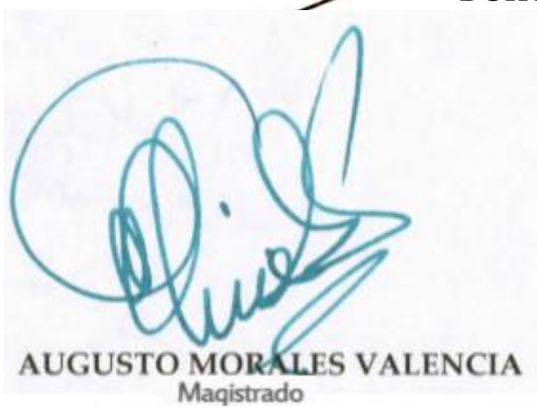
SEGUNDO: SIN COSTAS.

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. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 276

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-33-003-2018-00348-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Nubia Henao Montes
Accionado	Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio y Departamento de Caldas

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

Solicita se declare la nulidad de la Resolución 7712-6 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 mesa 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 negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas entre otras, la Ley 71/78; 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 del 93

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM**, no contestó la demanda

El **departamento de Caldas - Secretaria de Educación**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas *´FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA'* mencionando que el FNPSM fue creado para encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos a nivel nacional. *BUENA FE´* por cuanto siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumplimiento de los términos en la expedición de los actos administrativos; *´PRESCRIPCIÓN'*, de conformidad con los Decretos 3135/68 y 1848/69.

1. Sentencia de primera instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión al régimen prestacional docente a las normas de la Ley 100 de 1993 se concreta al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el articulo 204 de la Ley 100 de 1993 la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

En cuanto a los descuentos sobre las mesadas adicionales señaló que, si la vinculación del docente es anterior al 27 de junio de 2003 deben realizarse los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pero si el docente pensionado se vinculó después de esta fecha no son procedentes los descuentos. Que la demandante se vínculo

con el Magisterio antes del 27 de junio de 2003 y por ello resultan procedente los descuentos que se vienen realizando en las mesadas adicionales.

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que este esta dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Con apoyo en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994 expuso que, con el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no se vulneran los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

2. 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 la 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.

3. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación.

La parte demandada y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

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 la 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?

1. 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.

1.1. Lo probado

- Mediante Resolución 3609 de 21 de agosto de 2007 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante. (Fol. 40-41 C.1)

- La demandante mediante escrito radicado 28 de septiembre de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –FNPSM, solicitó 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. (Fol. 32-36 C.1)

- A través de la Resolución 7712-6 de 10 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado. (Fol. 42-43 C.1)

1.2. 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".*

1.3. 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 1976[1], determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

[1] 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."*

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988[2] 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 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 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, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

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

---

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

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 1994[3], 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*

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

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:

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

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

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

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

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

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

De otro lado, la Ley 238 de 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 parágrafo:*
>
> *"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los* ***beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".***

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 Estado[4], 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.° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[…]*
>
> *En esas condiciones,* ***no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una***

[4] 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).

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 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****"[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 salarió 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 salarió 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**."*

1.4. 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 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.

2. **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. Ademas, 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.

2.1. 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 vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional[5] expresó:

[5] Sentencia T-835 de 2014.

> *"(…) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:*
>
> *"(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en mataría de salud."*
>
> *En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución…"*. (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 Estado[6], 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.*

[6] 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)

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, Articulo 7, 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 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.

[7] Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado[8] 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 Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

2.2. Análisis

Mediante Resolución 3609 de 21 de agosto de 2007 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante, efectiva a partir del 10 de marzo de 2007; se indica que su vinculación al servicio docente fue el 10 de abril de 1972 y se dispuso realizar descuentos de cada mesada pensional del 12,5%.

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, 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.

2.3. 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

[8] Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

monto los porcentajes descontados en exceso y en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

3. Costas

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, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 12 de julio de 2019 emanada del Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Nubia Henao Montes 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, por lo brevemente expuesto.

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. 034 de 2020.

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 UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020).

A.I. 160

RADICADO:	17-001-33-33-002-**2016-00019**-00
NATURALEZA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	UGPP
DEMANDADOS:	JOSÉ ABELARDO ZULUAGA GIRALDO

I. ASUNTO

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la solicitud de corrección de la sentencia del 3 de abril de 2020, proferida por esta Corporación.

II. ANTECEDENTES

La parte actora, mediante escrito enviado a través de correo electrónico, solicitó se aclare la sentencia en la parte resolutiva se indicó que sería revocada la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, cuando en realidad el proceso fue conocido y decidido en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales.

III. CONSIDERACIONES

El artículo 286 del Código General del Proceso, aplicables en virtud de la remisión normativa establecida en el canon 306 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

> *"Artículo 286. Corrección de errores aritméticos y otros. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.*
>
> *Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.*
>
> *Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o influyan en ella.*

Abordando las particularidades del caso, en efecto como lo advirtió la parte solicitante, en los ordinales de la sentencia proferida por esta sede Judicial, se indicó que sería modificada la sentencia del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, cuando en realidad la sentencia de primera instancia fue expedida por el **Juzgado Segundo Administrativo de Manizales**.

Teniendo en cuenta que se incurrió en un error mecanográfico en la parte resolutiva de la sentencia, se dispondrá la corrección de la multicitada providencia.

Es por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión Oral,

RESUELVE

Primero: Corregir los ordinales **"Primero" y "Tercero"** de la sentencia proferida el día 3 de abril de 2020, dentro del (proceso originado en el ejercicio del)medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad) promovido por la **Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP** contra el señor **José Abelardo Zuluaga Giraldo**, bajo el entendido de que se modifica la sentencia proferida por el **Juzgado Segundo Administrativo de Caldas**, por lo tanto quedará de la siguiente manera:

> "(…) ***Primero*: MODIFICASE** *el ordinal PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Lesividad), iniciado por la UGPP contra el señor José Abelardo Zuluaga Giraldo, el cual quedará así:*
>
> > *"**PRIMERO**: **DECLARASE** la nulidad de las Resoluciones 15100 del 30 de julio de 2004, 4112 del 26 de enero de 2005 y UGM 018667 del 29 de noviembre de 2011.*
> >
> > ***(…)***
>
> ***Tercero*: CONFIRMASE** *en todo lo demás la sentencia proferida el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, por las razones expuestas en esta providencia.*.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2020.

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 TERCERO DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 273

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado:	**17001-33-33-004-2016-00081-02**
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes:	Libardo Salazar Duque
Demandado:	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte demandada contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales que denegó las suplicas del demandante.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

*"Se **DECLARE** la nulidad de la **RESOLUCIÓN No. 37** del 3 de agosto de 2015, confirmada por la **RESOLUCIÓN No. 10236622201501203** del 26 de noviembre de 2015.*

*Que a título de restablecimiento del derecho, se **DECLARE** que el señor **LIBARDO SALAZAR DUQUE** identificado con NIT: 17.094.898-1 realizó un pago en exceso por valor de $9.086.000, por concepto de la obligación contenida en la sanción por no informar impuesta mediante la Resolución Sanción No. 162412012000075 del 24 de mayo de 2012, correspondiente al año gravable 2009.*

*Que a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENE** a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales de Manizales devolver a mi representando la suma de $9.086.000, con los intereses corrientes y moratorios calculados según lo dispuesto en los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario Nacional.*

Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2. Sustento fáctico relevante.

Señala que mediante pliego de cargos 162382011000226 del 9 de noviembre de 2011 la Dian le formuló una sanción por valor de $189.276.000, por lo cual dio respuesta subsanando la conducta omisiva y manifestando su deseo de acogerse a dicha sanción en aplicación del beneficio de reducción de la misma al 10%.

Que la Dian mediante Resolución sanción 162412012000075 del 24 de mayo de 2012 negó

la posibilidad de acogerse a dicha reducción de la sanción, por no cumplir con los requisitos, por lo cual, esta fue impuesta en el monto inicialmente formulado; frente al anterior acto se interpuso recurso de reconsideración el cual fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución 900.104 del 14 de junio de 2013.

Que pese a la imposibilidad de acogerse a la reducción de la sanción, el señor Libardo Salazar Duque canceló el monto correspondiente al 10% de la sanción según pagos efectuados entre enero y noviembre de 2012, en cuantía de $18.936.000.

Que a raíz de la expedición de la Ley 1739 de 2014 que estableció una condición especial de pago a favor de contribuyentes con obligaciones tributarias vencidas por años gravables 2012 y anteriores, el demandante optó por acogerse a dicho beneficio, para lo cual solicitó la actualización de su sanción con miras a efectuar el pago del 50% en los términos de la mencionada Ley.

Que según manifestaciones efectuadas por los funcionarios de cobranzas de la Dian el actor canceló la suma de $89.250.000, esto de forma adicional a los $18.936.000 que había cancelado en el año 2012, para un total pagado de $108.186.000.

Que los pagos efectuados superaron el valor que debía ser cancelado, esto es, el 50% del valor actualizado de la sanción, lo que se estima en $99.100.000, razón por la cual, el 20 de mayo de 2015 deprecó ante la Dian la devolución de lo pagado en exceso en cuantía de $9.086.000.

Que dicha solicitud fue resuelta desfavorablemente en decisión inicial y en reconsideración a través de los actos demandados, esto es, las resoluciones 37 del 3 de agosto de 2015 y 10236622201501203 del 26 de noviembre de 2015.

1.3. Normas invocadas y concepto de trasgresión

Se aducen como normas violadas los artículos; 95 numeral 9 de la Constitución Política; 683 y 828 del Estatuto Tributario - E.T.; 57 de la ley 1739 de 2014; 137 y 138 del CPACA; y 2318 del código civil.

Al paso de realizar un recuento legal y jurisprudencial sobre la devolución por pagos en exceso, arguye que, si la Dian nunca aceptó el pago del 10% de la sanción inicialmente impuesta, tampoco podía imputar dichos pagos al valor adeudado por dicha sanción y por tanto el valor que debía ser actualizado y reducido al 50% era el valor inicial de la sanción y no la cuantía de aquella, menos los pagos efectuados.

En síntesis, manifiesta que el valor a pagar en los términos del artículo 57 de la Ley 1739 de 2014 debió ser computado así:

Vr. Sanción	**Vr. a actualizar**	**Vr. Actualizado**	**50%**	**Menos Vr. pagado 2012**	**Vr. a pagar en 2015**
$ 189.276.000	$ 189.276.000	$ 198.200.000	$ 99.100.000	$ 18.936.000	$ 80.164.000

Y no como lo hizo la administración:

Vr. Sanción	**Menos Vr. pagado 2012**	**Vr. a actualizar**	**Vr. Actualizado**	**50% (vr. a pagar en 2015)**
$ 189.276.000	$ 18.936.000	$ 170.340.000	$ 178.284.000	$89.142.000

2. Pronunciamiento frente a la demanda

La **Dian** se opuso a las pretensiones al advertir que, los pagos efectuados por el demandante en el 2012 fueron imputados a la sanción que este adeudaba en su momento, razón por la cual al momento de pretender optar por el beneficio otorgado por el artículo 57 de la Ley 1739 de 2014, la actualización de la sanción y su posterior reducción al 50% debía efectuarse sobre el valor que se adeudaba.

Señala que, no puede pretenderse por el contribuyente que los pagos realizados antes de la expedición de la Ley 1739 de 2014, sean computados con el beneficio que estableció su articulo 57 pues esto sería dar una aplicación retroactiva al beneficio que, se itera, solo fue establecido a partir de la vigencia de dicha Ley.

Concluye que, el no haber aceptado la reducción de la sanción impuesta al contribuyente al 10% de la misma, no impide por modo alguno que los pagos que este efectuó fuesen imputados al valor adeudado.

3. Sentencia de primera instancia

En decisión del 07 de octubre de 2019, el *a quo* negó las pretensiones del demandante al señalar en síntesis que, los pagos efectuados en el año 2012, fueron imputados en forma adecuada por la Dian teniendo en cuenta las fechas en que ingresaron los pagos a las arcas del fisco, esto es, $18.936.000 en el año 2012 y $89.250.000 en el 2015.

Concluyó que la sanción exigible al 2015 -data de aplicación del beneficio- era el valor inicial de la misma, menos el valor pagado en el año 2012, resultado sobre el cual se computó en forma acertada por la Dian, el beneficio creado por la Ley 1739 de 2014.

Al considerar que no existió pagó en exceso,y negar las pretensiones incoadas impuso condena en costas a cargo del accionante, advirtiendo frente a esto último que las agencias en derecho se entienden causadas por concepto de la intervención de la entidad accionada dentro del proceso por medio de apoderado judicial.

4. Apelación

El accionante recurrió la sentencia, señalando que el *a quo* negó las pretension es bajo la premisa de que los pagos efectuados en el año 2012 fueron debidamente imputados a la sanción que tenia vigente, sin embargo, insiste, en que la Dian no aceptó el pago de dicha sanción reducida y por tanto, no podía imputar dichos pagos a la sanción sin realizar el procedimiento de compensación.

Igualmente se opuso a la imposición de condena en costas señalado que, la decisión adoptada por el *a quo* sobre el particular, se torna en una decisión extra petita, ya que la entidad demandada nunca efectuó tal solicitud, aunado a que estas solo pueden ser impuestas en la medida de su comprobación en el expediente.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, se centran en dilucidar: *¿Existió un pago en exceso frente al valor adeudado por el demandante a la Dian con ocasión de la sanción que le fuere impuesta por omisión del deber de suministrar información correspondiente al año gravable 2009?* Y de no ser así, *¿Se ajustó a derecho la imposición de costas procesales en cabeza de la parte actora?*

Para resolver lo anterior, se analizará: i) los hechos relevantes acreditados; ii) la *"condición especial de pago"* señalada en la Ley 1739 de 2014, para descender al iii) analisis del caso.

2. Hechos relevantes acreditados

- Al accionante le fue impuesta una sanción tributaria según Resolución 162412012000075 del 13 de julio de 2011, por valor de $189.276.000 (fls. 47-55, cdo. 1).

- El accionante canceló a la administración el valor de $18.992.000, según consta en recibos oficiales de pago impuestos nacionales (fls. 63-72 y 140-149, cdo. 1), así:

Año	Concepto	Período	Pago total	Fecha pago
2011	07	01	$1.892.000	05/01/2012 Davivienda
2011	07	01	$1.900.000	Stiker No. 51841050100174
2011	07	01	$1.900.000	09/03/2012 Davivienda
2011	07	01	$1.900.000	09/04/2012 Davivienda
2011	07	01	$1.900.000	10/05/2012 Banco de Bogotá
2011	07	01	$1.900.000	13/06/2012 BBVA
2011	07	01	$1.900.000	13/07/2012 BBVA
2011	07	01	$1.900.000	17/08/2012 BBVA
2011	07	01	$1.900.000	18/09/2012 Banco de Bogotá
2011	07	01	$1.900.000	8/11/2012 Banco de Bogotá

- El demandante canceló $89.250.000 el 30 de marzo de 2015, según recibo oficial de pago impuestos nacionales (fl. 150, cdo. 1).

- El demandante el 15 de mayo de 2015 deprecó ante la Dian la devolución de $9.086.000 al considerar que dicha suma constituyó un pago en exceso que superó el valor que a su juicio adeudaba por concepto de la sanción referida (fls. 104-113, cdo. 1).

- A través de la Resolución 37 del 3 de agosto de 2015 (fl. 23-25, cdo. 1) la Dian dispuso no acceder a la petición del contribuyente al considerar que este no efectuó pagos en exceso; decisión confirmada mediante la Resolución 10236622201501203 del 26 de noviembre de 2015 en sede de reconsideración (fl. 28-32, cdo. 1).

3. Fundamento juridico

La Ley 1739 de 2014 *Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones*, sobre la *"condición especial de pago"* señala:

> *"**Artículo 57**. Dentro de los diez (10) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, los sujetos pasivos, contribuyentes o responsables de los impuestos, tasas y contribuciones, quienes hayan sido objeto de sanciones tributarias, aduaneras o cambiarias, que sean administradas por las entidades con facultades para recaudar rentas, tasas, contribuciones o sanciones del nivel nacional, que se encuentren en mora por obligaciones correspondientes a los períodos gravables o años 2012 y anteriores, tendrán derecho a solicitar, únicamente en relación con las obligaciones causadas durante dichos períodos gravables o años, la siguiente condición especial de pago:*
> *…*
> *1. Si se produce el pago de la sanción hasta el 31 de mayo de 2015, la sanción actualizada se reducirá en el cincuenta por ciento (50%), debiendo pagar el cincuenta por ciento (50%) restante de la sanción actualizada…".*

Dicho canon normativo fue reglamentado por el Decreto 1123 de mayo 27 de 2015 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señalando:

> ***"Artículo 12. Condición especial para el pago de impuestos, tasas y contribuciones, tributos aduaneros y sanciones.** Los sujetos pasivos, los contribuyentes, los deudores solidarios o garantes del obligado, usuarios aduaneros o responsables de los impuestos, tasas y contribuciones, que sean administradas por las entidades con facultades para recaudar rentas, tasas, contribuciones, que se encuentren en mora por obligaciones correspondientes a los períodos gravables 2012 y anteriores, tendrán derecho a solicitar, únicamente en relación con las obligaciones causadas durante dichos períodos, la siguiente condición especial de pago:*
> *…*
> *Cuando se trate de resoluciones o actos administrativos mediante los cuales se impongan sanciones dinerarias de carácter tributario, aduanero o cambiario, o de sanción por rechazo o disminución de pérdidas fiscales, **la condición especial de pago aplica respecto de aquellas que se encuentren en mora y sean exigibles en la fecha del pago** y que correspondan a hechos ocurridos durante los años 2012 y anteriores, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:*
>
> *a) Si se realiza el pago hasta el 1° de junio de 2015, la sanción actualizada se reducirá en el cincuenta por ciento (50%), debiendo pagar el cincuenta por ciento (50%) restante de la sanción actualizada;*
>
> *b) Si se produce el pago después del 1° de junio de 2015 y hasta el 23 de octubre de 2015, la sanción actualizada se reducirá en el treinta por ciento (30%), debiendo pagar el setenta por ciento (70%) de la misma.*
>
> *Los literales a) y b) anteriores incluyen las liquidaciones oficiales cuando en ellas se determinen únicamente sanciones dinerarias…"* (Subrayado y negrillas extra texto)

Con sustento en las disposiciones en cita, el beneficio para el caso de sanciones operaba bajo tres premisas fundamentales:

- Que la obligación surja de una sanción de carácter tributario impuesta por hechos correspondientes a los períodos gravables 2012 y anteriores.
- Que dicha condición especial de pago aplica respecto de las sumas que se encuentren

en mora y sean exigibles en la fecha del pago.
- Que la sanción será actualizada y se podrá efectuar el pago del 50% de la mismas hasta antes del 31 de mayo de 2015.

4. Análisis del Caso

La discusión se circunscribe al segundo de los referidos puntos, esto es, la determinación del valor sobre el cual aplica la *condición especial de pago*, pues el actor afirma que debe ser computada sobre el valor de la sanción impuesta, esto es, la suma de $189.276.000 la cual debe ser actualizada (de valor 2012 a valor 2015) y luego, sobre el resultado aplicar la reducción del 50% y los pagos efectuados.

Esta Colegiatura se apartará de la posición esgrimida por la parte actora pues las disposiciones normativas arriba reproducidas señalan que el beneficio se aplicará sobre "*aquellas que se encuentren **en mora** y sean exigibles en la fecha del pago*".

Al respecto, se encuentra acreditado que el demandante -sin que sea objeto de discusión- fue sancionado por la Dian con una obligación pecuniaria en cuantía de $189.276.000, y efectuó un pago por valor de $18.936.000 en el 2012, previo a saldar finalmente la deuda en aplicación del beneficio o *"condición especial de pago"* establecido por el artículo 57 de la Ley 1739 de 2014.

Así, para el año 2015 en que el demandante realizó el pago definitivo de la sanción, el valor en mora y que era exigible por concepto de la sanción, no correspondía a la totalidad de la sanción que le fue impuesta en la resolución correspondiente, pues aquel entre enero y noviembre de 2012 realizó sendos pagos que disminuyeron el valor exigible de la misma, cancelando un valor de $18.936.000, lo cual había mermado el valor en mora y exigible de la sanción para el año 2015.

Ahora bien, afirma el demandante en su recurso de alzada que la Dian no podía imputar dichos pagos a la sanción dado que, en su momento negó al contribuyente la posibilidad de pagar tan solo el 10% de la sanción y por tanto de pretender la imputación de lo pagado en el 2012 debió realizar el procedimiento de compensación que así lo permitiera.

La Sala no comparte este cargo de apelación, pues fue el propio contribuyente quien de forma clara y precisa señaló que el concepto por el cual realizó dichas erogaciones, correspondía al pago de la sanción impuesta, véase como en los recibos de pago por él diligenciados se señala en forma inequívoca el concepto de pago No. 07, el cual, de conformidad con al instructivo anexo[1] de la Resolución DIAN No. 0001 del 5 de enero de 2012 mediante la cual se estableció el formulario 490 *"Recibo de pago"*, hace referencia a *"Concepto. **07. Sanciones (Res. Independiente).*** Justamente al tenor del artículo 804 del E.T. *"los pagos que por cualquier concepto hagan los contribuyentes, responsables, agentes de retención o usuarios aduaneros en relación con deudas vencidas a su cargo, deberán imputarse al período e impuesto que estos indiquen…"*.

Ademas, de conformidad con el artículo 815 del E.T., el procedimiento de compensación se presenta cuando el contribuyente liquida en su declaración tributaria saldos a favor, no siendo el caso que aquí se presenta.

En conclusión, resulta claro que para el año 2015, en que el contribuyente se acogió a la

[1] https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/formulariosinstructivos/Formularios/2012/Formulario_490_2012.pdf

condición especial de pago establecida por el artículo 57 de la Ley 1739 de 2014, el valor adeudado y exigible a su cargo, respecto del cual se debía calcular la actualización de la sanción y su disminución del 50%, correspondía a $170.340.000, esto es, el valor de la sanción inicial impuesta menos el valor de los pagos efectuados en el año 2012 por dicho concepto.

Por tanto, se halla respuesta negativa al problema jurídico planteado al considerar que, los valores cancelados por el señor Libardo Salazar Duque no constituyeron un pago en exceso, en tanto, corresponden a la liquidación señalada por la Dian en los actos demandados y que corresponde a la siguiente operación:

Vr. Sanción:	$ 189.276.000
Menos Vr. pagado año 2012:	$ 18.936.000

Vr. Exigible año 2015 y sobre el cual aplica la condición especial de pago:	$ 170.340.000
Vr. a actualizar (año 2012):	$ 170.340.000
Vr. actualizado (año 2015):	$ 178.284.000
Disminución al 50%:	**$ 89.142.000**

Por lo expuesto, se confirmará la decisión impartida por el *a quo* en cuanto dispuso denegar la nulidad de los actos administrativos acusados.

4. Costas en primera instancia

La Corte Constitucional[3] ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"* y están conformadas por dos rubros: 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. Las segundas *"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".*[4]

El artículo 188 del CPACA dispone: "*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".* El CGP al respecto 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."

El H. Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016[5], 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 CPC y el CGP, puesto que el primero 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, mientras que el segundo adopta un criterio objetivo.

En sentencia del 12 de abril de 2018[6] precisó 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 CGP se compruebe para su imposición que *"en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*:

"[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 conformidad con lo expuesto, la imposición de la condena en costas tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio mientras se compruebe su causación en el expediente.

Como fundamento de la imposición de costas en primera instancia, la misma se dio en contra de la parte vencida en juicio, atendiendo a que los gastos procesales en que incurrió la parte accionada se encuentran debidamente acreditados y que dicha parte estuvo representada por apoderado judicial en la presente litis.

Dicha valoración se ajusta al marco normativo y jurisprudencial sobre la condena en costas previamente señalado, en tanto, atendió al criterio objetivo al recaer sobre la parte vencida en juicio y respondió igualmente a un discernimiento valorativo al comprobarse que las costas procesales en efecto se causaron, pues los gastos procesales en que incurrió la parte actora se encuentran debidamente acreditados en el expediente, aunado a que como se advirtió en precedencia la imposición de agencias en derecho se ajusta a la realidad procesal de que la accionada debió concurrir a la defensa en el presente medio de control a través de apoderado judicial.

En tal sentido, la condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia resulta ajustada a derecho. Coralario, se confirmará la sentencia recurrida.

5. Costas en segunda instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP) y en aplicación del criterio objetivo valorativo previamente analizado, no se impondrá condena en costas en esta instancia al no haberse acreditado que la parte accionada haya incurrido en gastos procesales o haya intervenido en esta instancia a través de su apoderado judicial.

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: CONFIRMASE la sentencia proferida el 07 de octubre de 2019 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales que dispuso denegar las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formulado por Libardo Salazar Duque frente a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2020.

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. 274

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17001-23-33-000-2016-00219-00
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Ana Carolina Morales Burbano
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación – Fomag, municipio de Manizales

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda (Fls. 3-17 C.1)

1.1. Pretensiones

La demandante solicita se declare la nulidad del Oficio SE-FPSM 0816 de 5 de noviembre de 2015, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías, consagrada en la Ley 1071 de 2006. A título de restablecimiento del derecho, condenar a la demandada a que reconozcan y pague la sanción por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, contados a partir del día 70, desde el momento en que se radicó la solicitud hasta su pago efectivo.

1.2. Hechos

Se relata que la accionante solicitó el 9 de febrero de 2012, el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que ésta prestación le fue reconocida mediante la Resolución 438 del 12 de julio de 2012 y pagada el 28 de julio de 2015. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante, término que venció el 16 de mayo de 2012.

Que solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, y que la solicitud fue resuelta negativamente por medio del acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

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. Sostiene 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. Contestación de la demanda

El municipio de Manizales se opuso a las pretensiones de la demanda; acepto como ciertos los hechos 1, 2, 3, 4 y 7 de la demanda y señaló que no le constaba la fecha de pago de las cesantías, pues éstas corresponden a la Nación, función que realiza a través de una cuenta especial denominada Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – FNPSM y la entidad que administra dichos recursos es la Fiduprevisora.

Planteó como excepciones: *"Falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Manizales y su Secretaría de Educación"*, fundamenta en el hecho de que la Secretaría de Educación no tiene competencia ni está autorizada legalmente para desembolsar dineros ni reconocer derechos, *"Inaplicabilidad de la ley 1071 de 2006 al municipio de Manizales en el trámite de reconocimiento y pago de cesantías a cargo del FOMAG y FIDUPREVISORA"* Basado en que el término de 15 días para la expedición de la resolución o acto administrativo de reconocimiento de cesantías y 45 días hábiles para el pago de las cesantías contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que la reconoce tampoco resulta aplicable al municipio de Manizales al no ser la entidad pagadora de las mismas. *"Prescripción"* en atención a que, el término de 70 días para el pago vencía el 16 de mayo de 2012 y los tres años para reclamar su derecho vencían el 16 de mayo de 2015, sin embargo la reclamación en sede administrativa sólo se efectuó el 28 de octubre de 2015.

La **Nación – Ministerio de Educación** se opuso a todas las pretensiones de la parte actora. No obstante, reconoció como ciertos los hechos 1º y 2º de la demanda y los demás indicó que no le constan.

Consideró que no le corresponde pagar la sanción por mora en razón de que no tuvo ningún tipo de relación con la docente, por eso hace referencia a los anexos de la demanda donde consta que la relación laboral existió entre la docente y la entidad territorial, la cual es la encargada de realizar el pago de las prestaciones sociales.

Como argumentos de defensa señaló que, de conformidad con el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de docentes afiliados a dicho Fondo, se determinó que el mismo es el único habilitado para el pago del auxilio de cesantías, lo cual excluye a los beneficiarios de esta norma, de los demás regímenes de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 334 de 1996, la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

A su paso, afirma que tratándose de docentes nacionales o nacionalizados a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Decreto 2831 de 2005 estableció el trámite para el reconocimiento y pago de cualquier prestación social de los docentes, que comienza con la radicación de la solicitud ante la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente –quien a partir de ese momento cuenta con 15 días hábiles para elaborar el proyecto de acto administrativo -, cumplido lo cual el mismo es remitido a la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., quien a su vez cuenta con 15 días hábiles para impartir su aprobación o indicar las razones por las cuales lo desaprueba; luego, una vez aprobado el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, deberá ser nuevamente remitido a la Secretaría de Educación Territorial para la suscripción del acto y notificación de éste al interesado; finalmente, dentro de los tres días siguientes a la

ejecutoria del acto administrativo, la Secretaría de Educación deberá enviar copia del mismo, junto con la constancia de ejecutoria a la Sociedad Fiduciaria para efectos de realizar el respectivo pago. A lo anterior, agrega que cualquier gasto que afecte el presupuesto de la Fiduciaria, debe contar con la correspondiente apropiación presupuestal.

Como excepciones de merito planteó: *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*, señala que la Nación no cuenta con potestades nominativa ni administra el personal docente y administrativa de los establecimientos educativos de los órdenes departamental, distrital y municipal, por tanto no expiren los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes; pues estas fueron trasladadas a las secretarías de educación territorial; *"Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho"*, establece que este derecho no puede ser reclamado en cualquier tiempo, pues agotada la vía gubernativa y a partir de la ejecutoria del acto administrativo tiene un término de caducidad para presentar la demanda, que es de cuatros meses; "*Prescripción"* respecto de aquellos derechos económicos reclamados, que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación, hasta que se radicó la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 488 del C.S.T. *"Régimen prestacional especial e inaplicabilidad de la ley 1071 de 2006 al régimen docente"* Fundado en qué esta norma señala como destinatarios a otros servidores públicos amparados por regímenes especiales, de manera que al no haberse incluido a los docentes, es evidente que lo que quiso el legislador fue que estos no quedaran incluidos como beneficiarios de la referida disposición; *"Detrimento patrimonial al estado*" argumentando que, es evidente el grave daño patrimonial al Estado en caso de que si falle a favor de las pretensiones de la parte demandante; "*Cobro de lo no debido*" basado en que el procedimiento regulado en la Ley 91 de 1989 y el Decreto reglamentario 2831 de 2005 es el procedimiento especial aplicable a los docentes afiliados al Fomag, por lo que mal podría aplicarse el régimen establecido en la Ley 244 de 1995; "*Buena fe*" Señalando que, no ha obrado con el ánimo de desconocer derechos prestacionales del demandante sino con estricto apego a la ley.

3. Alegatos de conclusión

La parte **demandante** (Fls. 160- 163 C1) reiteró los argumentos expuestos en la demanda e hizo referencia a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 18 de julio de 2018 sobre la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial .

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en la etapa de fijación del litigio, los problemas jurídicos son los siguientes:

- *¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006?*

- En caso positivo: *¿Se enero la prescripción de los derechos reclamados?*

- *¿Cuál es el salario base para liquidar la sanción moratoria?*

- *¿La condena al pago por la cantidad liquida de dinero se debe ajustar tomando como base el índice de precios al consumidor?*

➢ *¿A qué entidad le corresponde el pago de la sanción por mora por el pago tardío del reajuste de las cesantías?*

Para despejar los problemas planteado, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: **i)** la aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al régimen especial de los docentes; **ii)** la sanción moratoria; **iii)** Los hechos relevantes acreditados; **iv)** el caso concreto; **v)** La prescripción; **vi)** la indexación y **vii)** La entidad u órgano competente para resolver las solicitudes de auxilio de cesantía de los docentes.

2. Aplicación de la Ley 1071 de 2006 al régimen especial de los docentes [1]

Atendiendo lo previsto por el artículo 1º de la Ley 1071 de 2006, el objeto de esta disposición radica en reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

Conforme al artículo 123 de la Constitución Política, "(…) *Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estados y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (…)".*

El artículo 2 de la Ley 1071 de 2006 circunscribió su ámbito de aplicación a lo que la Carta Política define como servidores públicos, así: "*Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro".*

La redacción utilizada por el legislador en este caso no limitó el ámbito de aplicación respecto de cierto tipo de servidores, lo que impide inferir que se excluyen regímenes especiales, como por ejemplo el de los docentes. Por el contrario, el texto de la norma en forma explícita relacionó situaciones especialísimas, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública y de los trabajadores del Banco de la República (entidad autónoma de origen constitucional); y de hecho hizo extensiva su aplicación a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y que estén afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

Adicional a lo anterior, existe precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, que demuestra que la Ley 1071 de 2006 (antes Ley 244 de 1995) es aplicable al régimen especial de los docentes, regulado por la Ley 91 de 1989. Por ejemplo, la sentencia del 21 de octubre de 2011 en contra del Ministerio de Educación – FOMAG, accede a las pretensiones de la demanda, entre otras, a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías[2].

Considera el Tribunal que entre el régimen especial de los docentes y la Ley 1071 de 2006 no existe ninguna contradicción, y esta última debe entenderse como un complemento y desarrollo legal del artículo 53 Superior, que garantiza la Seguridad Social Integral,

---

[1] 1. Criterio adoptado por este Tribunal, entre otros en sentencia Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Radicación: 17001-23-33-000-2017-00604-00, Demandante: Beatriz Elena Isaza Marín. Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

[2] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 21 de octubre de 2011. Radicación número: 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09).

teniendo en cuenta que las cesantías, sin duda alguna, hacen parte de aquélla.

Así pues, la Ley 1071 de 2006 sí es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes y, por tanto, la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.

2.1. Sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006[3] estableció que la entidad a cargo del reconocimiento y pago de las cesantías tiene un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley[4].

Por su parte, el artículo 5º de la misma Ley 1071 de 2006, relativo a la mora en el pago de tal prestación, en su primer inciso prevé que para efectuar el pago la entidad dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contado a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena[5].

Las normas citadas se encuentran dotadas de enunciados propios de las reglas deónticas o regulativas, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que este Tribunal Administrativo haya sostenido en múltiples providencias que la Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción, destinada a evitar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal como acaece respecto del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

En sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia del Dr. Jesús María Lemus Bustamante[6], se precisó que "(…) *la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.* (…)"; afirmación que se predica igualmente frente a la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995.

En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma era la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que evitaran que aquél recibiera una suma devaluada[7].

---

[3] *"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".*

[4] El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 dispone: *"**ARTÍCULO 4o. 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".*

[5] Preceptúa el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006: *"**ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la* (sic) *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".*

[6] Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

[7] Ver Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1. En efecto, en aquella oportunidad se indicó: "(…) *Si bien es*

La Corte Constitucional ha reconocido en innumerables ocasiones que las cesantías deben pagarse completa y oportunamente a los trabajadores, so pena de violar sus derechos fundamentales[8].

Por otra parte, debe aclararse que la exigencia contenida en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, en punto al deber de contar con apropiación presupuestal para todo gasto público, no constituye una excusa para no reconocer y pagar oportunamente las cesantías a los trabajadores, pues el tiempo prudencial concedido por la Ley 1071 de 2006 en armonía con el artículo 345 de la Carta Política, que se ha calculado en total en 65 o 70 días, es suficiente para efectuar los trámites administrativos correspondientes.

Adicionalmente, hay que considerar que el reconocimiento y pago oportuno no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse las cesantías, conforme lo manda el artículo 6 de la Ley 1071 de 2006, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas). No puede olvidarse que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado-empleador, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, para vivienda o educación, básicamente.

Lo anterior permite colegir que, sin importar que en el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías deban concurrir o no varias entidades, los términos perentorios contenidos en la Ley 1071 de 2006 sobre el particular, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago, que prevé el parágrafo de su artículo 5[9].

2.2. Causación de la sanción moratoria

En la sentencia del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007 antes referida, se expuso con suficiencia que de reconocerse y pagarse las cesantías tardíamente, se debe computar el término desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo. Además, el Alto Tribunal sostuvo que cuando la Administración resuelve la solicitud de liquidación de cesantías en forma tardía, el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de

---

cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que '…el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales…', ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias. // No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites (…)".

[8] En la sentencia T-777 de 2008, la Corte expresó lo siguiente sobre las cesantías parciales: "(…) ***(iv)*** *igualmente reiteró que desde el punto de vista de la entidad pública obligada, ésta, de conformidad con el artículo 345 de la Constitución, no podría efectuar el correspondiente gasto público sin la suficiente disponibilidad presupuestal, pero no lo es menos que, por una parte, el tiempo que transcurra entre la liquidación y el desembolso, inclusive por causas presupuestales, implica un deterioro del poder adquisitivo de la moneda, y por otra, que el costo respectivo no debe asumirlo el trabajador sino el patrono. Si éste desea que tal costo disminuya, habrá de procurar el pronto pago, mediante la agilización de los trámites presupuestales, pero no le será lícito prolongar indefinidamente la iniciación de los mismos, cargando al trabajador con las consecuencias.* (…)".

[9] El parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 prevé: *"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".*

reconocimiento y pago de las cesantías, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, 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[10].

Hay que tener en cuenta que cuando el Consejo de Estado en la mencionada sentencia hizo relación a cinco días de ejecutoria, se refería a las disposiciones del anterior Código Contencioso Administrativo, pero actualmente hay que entender que si la solicitud se hace en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como la ejecutoria del acto administrativo se configura a los 10 días, deberán sumarse 5 días más para el cálculo que hizo entonces el Alto Tribunal, quedando un total de 70 días hábiles.

2.3. Unificación de jurisprudencia

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018[11], el Consejo de Estado se pronunció en relación con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, sentando las siguientes reglas jurisprudenciales:

> *3.5.1* ***Unificar jurisprudencia*** *en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el* ***docente oficial****, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*
>
> *3.5.2* ***Sentar jurisprudencia*** *precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*
>
> *194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.*

---

[10] Señaló textualmente en dicha providencia el Consejo de Estado: *"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 [entiéndase también la Ley 1071 de 2006], 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. // Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante".*

[11] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

*195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*

*3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*

*3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA."*

3. Hechos relevantes acreditados

➢ La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías definitivas, el 9 de febrero de 2012 (Fls. 20), y le fueron reconocidas a través de Resolución 0438 del 12 de julio de 2012. (Fls. 20-21).

➢ Según Certificación emitida por la Fiduprevisora, el valor de las cesantías Fue puesto a disposición de la docente el 3 de septiembre de 2012 y por motivos de no cobro el pago fue reintegrado el 3 de octubre de 2012 por lo que se procedió a realizar la reprogramación para el 29 de julio de 2015 al banco BBVA Manizales por ventanilla. (Fl. 150).

➢ El 28 de octubre de 2015 la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías (Fl. 26-29).

4. Sanción moratoria en el caso concreto

Así pues, los términos previstos para el reconocimiento y pago de la citada prestación social, se cumplieron en las siguientes fechas:

TÉRMINO	FECHA LÍMITE
Fecha de la **reclamación** de las cesantías parciales	09/02/2012
Vencimiento del término para el **reconocimiento** – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	01/03/2012
Término notificación -10 días Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	15/03/2012
Vencimiento del término para el **pago** – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	24/05/2012

En ese orden de ideas, es claro que se configuró la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, la cual se hizo exigible desde el 25 de mayo de 2012 –día siguiente al vencimiento del término para el pago de la prestación.

En cuanto al salario base para liquidar la sanción, se acudirá a lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes referida, en virtud de la cual, al tratarse de cesantías definitivas, debe tenerse en cuenta la asignación básica vigente en la fecha de retiro, que para el caso, se dio a partir de diciembre de 2010.

5. Prescripción trienal

5.1. Jurisprudencia del Consejo de Estado

La sección segunda el Consejo de Estado[12] ha sostenido que, la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995[13], se encuentra sujeta al término de prescripción previsto en el artículo 151[14] del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y que aquel se hace exigible **desde el momento mismo en que se causa la mora,** ello en atención a lo previsto por la Sentencia de Unificación CE-SUJ 004 de 25 de agosto de 2016[15], que en materia de la aplicación del fenómeno extintivo a la penalidad por mora, dispuso lo siguiente:

> *« i) **Prescripción de los salarios moratorios***
> *[…]*
> *Como hacen parte del derecho sancionador[16] y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.*
>
> *Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:*
>
> > *"**Artículo 151. -Prescripción**. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."*
>
> *La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969[17], previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria,*

---

[12] Véase: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 2012-00461-01; Sentencia de 7 de noviembre de 2018, Rad. 2013-00683-01; Sentencia de 14 de febrero de 2019, Rad. 2013-0078-01; Sentencia de 22 de noviembre de 2018, Rad. 2014-00363-01; Sentencia de 24 de enero de 2019, Rad. 2012-90134-01; Sentencia de 25 de octubre de 2018, Rad. 2013-00078-01; Sentencia de 31 de octubre de 208, Rad. 2013-00295-01, C.P.: Gabriel Valbuena Hernández; Sentencia de Sentencia del 5 de abril del 2018. Rad. 08001-23-33-000-2014-00069-01 (2268-2015). C.P. William Hernández Gómez. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 2014-00650-01; Sentencia de 2014-00164-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[13] « 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.»

[14] «ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.»

[15] Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016, Rad. 2011 00628-01.

[16] En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción "busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora…"

[17] Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).

pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.
[…]
ii) Reclamación de la sanción moratoria
[…]
Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse ***a partir del momento mismo en que se causa la mora****, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.»*

En providencia de 6 de diciembre de 2018, el Consejo de Estado[18] al analizar el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de la prestación aludida a favor de un docente, con fundamento en la Sentencia de Unificación[19] señalada, declaró la prescripción del derecho, al encontrar acreditado que este **fue reclamado 4 años después de iniciada la mora por parte del empleado**:

«De conformidad con la norma transcrita, en la citada providencia de unificación se consideró que la obligación se hace exigible ***desde el momento mismo en que surge la mora,*** *por lo que pese a que en ella solo se abordó la prescripción en materia de cesantías anualizadas, la Subsección* ***aplicará la regla atinente a que la reclamación deberá efectuarse desde la causación de la penalidad,*** *que para el caso de aquella prevista en la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006,* ***será desde el día siguiente a la finalización de los 65 días en los eventos de reconocimiento tardío y respecto de los procedimientos administrativos regulados por el CCA – Decreto 01 de 1984****.*

41. Lo anterior, permite ***concluir que a partir del día siguiente al fenecimiento del plazo de los 65 días hábiles descritos de manera precedente****, que en el sub lite tuvo lugar el 7 de octubre del 2009, el señor Barrios Triana estaba en la posibilidad – obligación de reclamar la sanción moratoria; no obstante, solo formuló la petición en tal sentido hasta el 11 de marzo de 2014, esto es, 4 años 5 meses y 4 días después del inicio de la mora del empleador.*
[…]
42. Por consiguiente, como quiera que la obligación se causó a partir del 7 de octubre de 2009, el actor debió reclamar la penalidad dentro de los 3 años siguientes al momento en que el empleador se constituyó en mora, término que venció el 8 de octubre de 2012, ***puesto que no estaba supeditado al reconocimiento y cancelación de las cesantías parciales.***

43. Ahora bien, en la citada Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 del 25 agosto de 2016, la Sección Segunda determinó que la sanción moratoria no tiene el carácter de accesoria a la aludida prestación social, interpretándola como una expresión del derecho sancionador administrativo, de naturaleza indivisible y única, puesto que una vez es exigible empieza su causación de manera sucesiva hasta el pago de la cesantía. […]

44. De lo anterior, la Subsección concluye que por la naturaleza penalizadora de la sanción moratoria que procura el reconocimiento y pago dentro de la oportunidad prevista en la ley, ***su característica de indivisible****, y en atención a que no constituye una prestación periódica,* ***deberá reclamarse dentro los 3 años siguientes al momento en que se***

[18] Consejo de Estado- Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 2014-00650-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.
[19] Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016, Rad. 2011 00628-01.

> ***causa, so pena de que la prescripción la extinga en su totalidad****; filosofía que el actor no ejerció, por cuanto tal como se expuso, solo formuló la petición el 11 de marzo de 2014, cuando ya habían transcurrido 4 años 5 meses y 4 días desde su exigibilidad.[…]* »

Este criterio fue reiterado en sentencia de 28 de marzo de 2019[20], en la cual se precisó:

> *"27. Entonces al causarse la sanción moratoria a partir del* ***8 de septiembre de 2009,*** *el fenómeno de la prescripción, de acuerdo con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social finalizaría el 8 de septiembre de 2012, encontrando que la demandante radicó la respectiva petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria en fecha* ***23 de junio de 2011,*** *habiendo transcurrido solo 1 año, 9 meses y 15 días, es decir, que acudió ante la administración en su debida oportunidad, interrumpiendo de esa manera el medio extintivo.*
>
> *28. No obstante lo anterior, como quiera que la petición la radicó el* ***23 de junio de 2011,*** *interrumpiendo la prescripción pero solo por un lapso igual, de manera que contaba hasta el* ***23 de junio de 2014*** *para acudir ante esta jurisdicción y presentar la demanda a fin de controvertir la legalidad del acto ficto que le negó el reconocimiento de la sanción moratoria, observando que solo lo realizó el* ***4 de agosto de 2014****.*
>
> *29. En consecuencia, a la actora le prescribió el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por cuanto pese a interrumpir el término por una sola vez y por un lapso igual, permitió que se extinguiera la oportunidad para exigir el derecho en sede judicial, precisándose que al tratarse de la causación de la penalidad por las cesantías definitivas solo puede tener lugar en un único evento, esto es, con ocasión del fenecimiento de la relación laboral-, de manera que la aplicación del término prescriptivo al causarse una* ***única sanción****, solo podrá ser* ***total.***

En este sentido, se ha pronunciado la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado[21]:

> *«[…] Si bien como se señaló líneas atrás, la providencia citada realiza un análisis de la prescripción de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas,* ***la Subsección considera que la misma tesis es aplicable para el caso del no pago o pago tardío de las cesantías definitivas, por cuanto la indemnización surge desde el día que venció el término que tenía la administración para pagarlas, es decir, el derecho a dicha indemnización no está supeditado al pago efectivo de las cesantías definitivas; por lo tanto se debe reclamar desde la fecha en que se hizo exigible la obligación.***
>
> *En dicho sentido se pronunció la Subsección B de esta Sección en sentencia del 19 de enero de 2017 con ponencia de la Consejera: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la cual sostuvo que* ***la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 empieza a causarse a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de los 45 días que prevé el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 para el pago del auxilio de cesantía definitiva***[22]*.*
>
> *Así las cosas,* ***la sanción moratoria debía solicitarse a la administración dentro de los tres años siguientes al momento en que se hace exigible la obligación, so pena de verse afectada por el fenómeno de prescripción.*** *[…]»*

---

[20] Rad. 2014-00164-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[21] Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 5 de abril del 2018. Rad. 08001-23-33-000-2014-00069-01 (2268-2015). C.P. William Hernández Gómez.

[22] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicación 08001233300020130016801 (2981-14).

Criterio reiterado por dicha Subsección en sentencia de 24 de enero de 2019[23], así:

> «*Teniendo en cuenta que el pago de las cesantías ocurrió el 23 de noviembre de 2009, es claro que la administración incurrió en mora desde el* ***11 de febrero de 2005*** *hasta el* ***22 de noviembre de 2009.***
>
> *En razón de lo anterior, se debe entender que la parte interesada contaba con tres años para realizar la reclamación respectiva, es decir hasta el* ***11 de febrero de 2008****, sin embargo la demandante radicó la solicitud de reconocimiento ante la administración el* ***8 de noviembre de 2011****, la cual fue extemporánea comoquiera que ya se había extinguido el derecho, por virtud del fenómeno de la prescripción.*
>
> *Por lo anterior se puede concluir que teniendo en cuenta el material probatorio existente en el expediente, se revocará la decisión dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, pues considera esta Sala que se presentó de manera extemporánea la solicitud del reconocimiento y pago de la sanción moratoria ante la administración, y por lo tanto debe declararse de oficio la configuración de la prescripción extintiva.*»

Y en sentencia del 11 de junio de 2019 la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado reiteró que: "… ***la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995***[24] ***se encuentra sujeta al término de prescripción trienal previsto en el artículo 151 del CPTYSS y que su exigibilidad se causa desde el momento en que el empleador incurre en mora en el reconocimiento y pago de la prestación aludida***…" (Se resalta).

5.2. Caso concreto

En el caso de la demandante la exigibilidad de la sanción moratoria inició el 25 de mayo de 2012 –día siguiente al vencimiento del término para el pago de la prestación, por lo que de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la actora contaba con Tres años a partir de la acusación de la mora, para reclamar la aludida penalidad, los cuales vencían el **25 de mayo de 2015**.

Al haberse efectuado la reclamación administrativa el **28 de octubre de 2015**, se concluye que esta fue extemporánea comoquiera que ya se había extinguido el derecho, por virtud del fenómeno de la prescripción.

6. Conclusión

Con fundamento en lo anterior, se encuentra prescrito el derecho pretendido; por ende, se deberá declarar probada la excepción extintiva propuesta por las entidades demandadas en la contestación de la demanda y en tal sentido se negaran las pretensiones de la parte demandante.

Teniendo en consideración lo anterior, la Sala se releva de analizar los demás problemas jurídicos planteados.

7. Costas

---

[23] Rad. 2019-90134-01, C.P.: Gabriel Valbuena Hernández.

[24] « 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.»

Conforme al artículo 188 del CPACA y 365 del CGP no se condenará en costas a la parte demandante, teniendo en cuenta que la demanda se formuló con base en la posición jurisprudencial del Consejo de Estado vigente para ese momento.

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

RESUELVE

Primero. **DECLÁRASE** probada la excepción de "prescripción propuesta por el municipio de Manizales y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Segundo. NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Tercero. Sin condena en costas.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 266

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado:	**17001-33-33-001-2017-00144-02**
Naturaleza:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Diego Hernando Ramírez Ospina
Demandados:	Municipio de La Dorada.

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por el municipio de Manizales contra la sentencia que accedió a las pretensiones del demandante.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones (fl. 8, C.1).

Solicitó se declare la nulidad de la Resolución DOF2016006576 del 17 de marzo de 2016 por la infracción de las normas en que debe fundarse el acto y la violación al debido proceso y que se compulsen las copias a las autoridades de control para que adelanten las investigaciones penales y disciplinarias.

1.2. Sustento fáctico relevante (fl. 6-8, C.1).

El demandante expuso que, la Inspección de Tránsito y Transporte de la Alcaldía Municipal de la Dorada - Caldas, el 26 de noviembre de 2016 puso en su conocimiento la Multa DOF2016006576, correspondiente al comparendo DOR0058879.

Que el 30 de diciembre de 2016, solicitó información sobre la infracción, toda vez que no fue notificado del comparendo DOR0058879. Que el 12 de enero de 2017, le fueron

entregados varios documentos, de los cuales concluyó que el 17 de marzo de 2016, quedó ejecutoriado el acto administrativo a través del cual fue declarado como contraventor, no obstante nunca fue individualizado o identificado al actor de la infracción.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión (fls. 8 – 14 vto., C.1)**.**

Invocó los artículos 4 y 29 de la Constitución Política de 1991, Indicó que de conformidad con el artículo 135 del Código Nacional de Tránsito – en adelante CNT, no existe prueba de que la autoridad haya notificado el acto administrativo dentro de los tres días hábiles siguientes. Que la carga de la prueba recae sobre la entidad, en el sentido de que les corresponde demostrar que procedieron a notificar el comparendo con acatamiento de todos los procedimientos legales.

2. **Contestación de la demanda**

El municipio de La Dorada (fls. 65-80) se opuso a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que considera que, la Secretaría de Tránsito y Transporte notificó en debida forma la orden de comparendo DOR0058879 del 11 de enero de 2016.

Frente a los hechos 1 a 5, 11 a 15, 20 y 21 señaló que no son ciertos; aceptó como cierto el hecho relativo a la existencia del comparendo único nacional DOR0058879 del 11 de enero de 2016, el cual fue enviado a la dirección: Diagonal 16B Bis No. 98-49, el 26 de enero de 2016, que así mismo se realizó la fijación del aviso el 27 de enero de 2016. Aceptó como cierto que, a través de la Resolución del 17 de marzo de 2016, el demandante fue declarado contraventor.

Indicó que la orden de comparendo DOR058879 del 11 de enero de 2016 fue enviada a la dirección DG 16B BIS No. 98-49 de Bogotá (Cundinamarca), la cual fue reportada por el propietario del vehículo de placas WLV208 como lugar de notificaciones. Como la orden de comparendo fue devuelta por la empresa de mensajería, se notificó por aviso, no obstante el infractor no compareció, razón por la cual se expidió la Resolución DOF2016006576 del 17 de marzo de 2017, por medio de la cual fue sancionado por la comisión de la infracción de tránsito[1].

Propuso la excepción que denominó "*Asunción de obligación":* Argumentó que el demandante canceló la orden de comparendo el 28 de agosto de 2017, por lo cual considera ha operado el fenómeno jurídico de la asunción de la obligación.

[1] Exceso de velociodad

3. Sentencia de primera instancia (fls. 529-542, C.1 A).

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones del demandante, declaró la nulidad del acto acusado y ordenó la devolución indexada del valor pagado por la infracción y, condenó en costas a la demandada. Frente a la excepción propuesta señaló que, si bien el infractor pagó a multa, ello no es óbice para que pueda demandar el acto administrativo dentro de la oportunidad procesal pertinente.

Señaló que fue vulnerado el derecho al debido proceso del actor toda vez que, el procedimiento realizado para notificar la infracción, no se ajustó a lo previsto en la Ley 769 de 2002, ni a las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, ya que la dirección a la cual fue enviado el comparendo fue devuelta por la empresa de servicios postales; empero lo anterior, el oficio del 26 de noviembre de 2016, por medio del cual fue notificado el inicio del cobro coactivo fue remitido a la dirección correcta y recibido por el demandante.

De lo anterior concluyó que, el ente territorial conocía la dirección del propietario del vehículo, no obstante ello, envió la orden de comparendo a una nomenclatura que no era la correcta, procediendo posteriormente a notificar por aviso, la cual solo es posible cuando se ha intentado correctamente la notificación personal.

4. Recursos de apelación (fls. 123-130, C.1).

El **municipio de La Dorada** solicitó que fuera revocada la decisión por considerar que, no existió vulneración al debido proceso. Expuso que actuó conforme a lo dispuesto por el artículo 135 del CNT, por lo que envió la notificación por correo a la última dirección registrada por el propietario del vehículo de placas WLV208, en el Registro Único Nacional de Tránsito, en adelante RUNT esto es: DG 16B BIS # 98-49 Bogotá. Teniendo en cuenta que la empresa de correo devolvió la orden de comparendo, procedió de conformidad con el artículo 69 de la Ley 1437, a notificar por aviso.

Señaló entonces que: i) respetó las garantías constitucionales del infractor, ii) desconoce las razones por las cuales el demandante no compareció y iii) es deber del usuario informar los cambios en la dirección de notificaciones.

II. Consideraciones

1. Problema Jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y la impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿La Resolución No. DOF2016006576 del 17 de marzo de 2016, fue*

expedida con el respeto de las garantías constitucionales al debido proceso y de defensa, pues la notificación se intentó en la dirección registrada en el Runt, aunque se conocía otra dirección?

2. Tesis del Tribunal

La Resolución DOF2016006576 del 17 de marzo de 2017 adolece de nulidad toda vez que, se vulneraron los derechos al debido proceso y de defensa ya que, se declaró contraventor al hoy demandante y se le impuso una multa, sin que hubiese sido notificada debidamente la orden de comparendo DOR0058879, esto por cuanto, la Inspección de Tránsito y Transporte de La Dorada debía agotar todas las opciones de notificación para hacer conocer la orden de comparendo, por lo que, si conocía otra dirección o la dirección correcta, debía intentar su notificación en esta.

A continuación se hará referencia a: i) las situaciones jurídicas acreditadas; ii) el marco jurídico aplicable y iii) el análisis del caso concreto.

3. Situaciones jurídicas acreditadas

- La Inspección de Tránsito y Transporte de La Dorada, expidió la orden de comparendo DOR0058879 del 11 de enero de 2011, al señor Diego Hernando Ramírez Ospina, identificado con cédula No. 192398 como propietario del vehículo de placas WLV208. (Fl. 18 C1)

- Obra la Guía de correo 1069172136 de Servientrega en la cual se lee que, el 26 de enero de 2016 intentó la entrega de la orden de comparendo en la dirección DG 16B Bis 98-49 en Bogotá, en el que se registró "*Dirección Errada*". (fl. 20 C1)

- La Inspección de Tránsito y Transporte de La Dorada, el 27 de enero de 2016 fijó el aviso del Comparendo DOR00588, notificando al señor Diego Hernando Ramírez Ospina, consignando además como fecha de desfijación el 3 de febrero de 2016.

- En audiencia pública llevada a cabo por la Inspección de Tránsito y Transporte de La Dorada el 17 de marzo de 2016 fue dictada la Resolución DOF2016006576, en la que el señor Ramírez Ospina es declarado contraventor del artículo 131 literal C29 de la Ley 769 de 2002 y se impuso una multa por valor de $344.730. (fls. 22-24 C1)

- La Inspección de Tránsito y Transporte de La Dorada, el 26 de noviembre de 2016 remitió comunicación al señor Ramírez Ospina a la dirección DG 16 B BIS 98-49 IN 9 APTO 335 BL 9, a través del cual informa que sería iniciado el cobro coactivo. (fl. 17 C1)

4. Marco jurídico

El artículo 29 de la Constitución Política prescribe que "*el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*". En virtud de tal disposición, se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual, están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir pruebas, y que en últimas, garanticen el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

El inciso 5º del artículo 135 de la Ley 769 de 6 de agosto de 2002, "*Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre"* modificado por el artículo 22 de la Ley 1383 de 16 de marzo de 2010 aplicable teniendo en cuenta la fecha de la presunta infracción de transito, establece el procedimiento que debe surtirse ante una infracción captada por medios tecnológicos, de la siguiente manera:

> *"No obstante lo anterior, las autoridades competentes podrán contratar el servicio de medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar la comisión de infracciones o contravenciones, el vehículo, la fecha, el lugar y la hora. En tal caso se enviará por correo dentro de los tres (3) días hábiles siguientes la infracción y sus soportes al propietario, quien estará obligado al pago de la multa. Para el servicio público además se enviará por correo dentro de este mismo término copia del comparendo y sus soportes a la empresa a la cual se encuentre vinculado y a la Superintendencia de Puertos y Transporte para lo de su competencia".*

La Corte Constitucional en sentencia C-980 de 2010, sobre la notificación de la orden de comparendo afirmó: *"En esa medida, la notificación por correo, estatuida por el legislador como una de las formas de notificación de los actos de la administración, está llamada a cumplir ese objetivo de oponibilidad en materia de tránsito, una vez cumpla el propósito de enterar el destinatario de su contenido".*

El Consejo de Estado[2] al respecto sostuvo:

> *"Por otra parte, es de suma importancia para la Sala precisar que en la norma transcrita se dispone la obligación a la autoridad administrativa correspondiente de notificar por correo la infracción de tránsito y allegar sus soportes al propietario del vehículo, con el propósito de comunicarles a los administrados interesados sobre la*

[2] Sección Cuarta. 26 de septiembre de 2013, Rad. 2013-04329 C.P. Carmen Teresa Ortíz Rodríguez

> *actuación y brindarle la oportunidad material de ejercer sus derechos de defensa, contradicción e impugnación en caso que se les atribuyan algún tipo de responsabilidad en los hechos, puesto que, con las fotomultas no se genera automáticamente la sanción, pues, la obligación del pago de la multa nace cuando se demuestra la culpabilidad de la persona, es decir, cuando se pruebe que él fue quien cometió la infracción, o cuando éste lo admita expresa o implícitamente (…)".*

Así, el medio de notificación al que deben recurrir las autoridades de tránsito es el envío de los soportes de la infracción a través de correo certificado, si no es posible surtirse por este conducto, se deberán agotar todas las opciones de notificación reguladas en el ordenamiento jurídico para hacer conocer la orden de comparendo.

Lo anterior, debido a que la finalidad de la notificación es informar al implicado sobre la contravención que se le atribuye, para que pueda ejercer su defensa.

5. Análisis del caso

De las pruebas practicadas se observa que, la orden de comparendo DOR0058879 del 11 de enero de 2016, fue remitida al demandante a la dirección: DG 16B BIS 98-49 de Bogotá, y la empresa de mensajería "Servientrega", certificó que no pudo ser entregada, dejando la constancia de "*dirección errada*". Por tal razón la Secretaria de Transito de La Dorada realizó la notificó mediante aviso e indicó que dentro de los once días hábiles siguientes debía presentarse para llevarse a cabo la audiencia.

Adicionalmente se demostró que, la Secretaría de Tránsito el 26 de noviembre de 2016, remitió al demandante la comunicación sobre la existencia del comparendo y el posterior inicio de cobro coactivo, a la dirección: DG 16 B BIS 98-49 In 9 Apto 335 Bloque 9 de Bogotá, la cual sí fue recibida por el demandante.

Ahora, si bien la dirección inicial es la que aparece en el Runt[3], ello no relevaba a la Secretaría de Tránsito del deber de agotar todos los medios a su alcance para hacer comparecer al citado. Por lo tanto, si conocía la dirección correcta de notificación del presunto infractor, tenía el deber de intentar la notificación por correo en esta dirección.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-530 de 3 de julio de 2003[4] señaló: *"(…) que sólo se puede culminar la actuación, cuando la administración haya*

[3] Fl 88 C1
[4] Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett

agotado ***todos los medios a su alcance para hacer comparecer al citado*** *y, cuando el propietario no coincida con el conductor, esa citación no implica vinculación alguna. Así mismo, deberá entenderse que la sanción sólo puede imponerse cuando aparezca plenamente comprobado que el citado es el infractor (…)"* (Destaca la Sala)

Valga resaltar ademas que, el inciso 5º del artículo 135 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 22 de la Ley 1383 de 16 de marzo de 2010, -aplicable teniendo en cuenta la fecha de la presunta infracción de transito- no indicaba que la única dirección valida para efectos de notificación de la orden de comparendo es la registrada en el Runt. Por tanto, si la Secretaria de Tránsito conocía la dirección correcta de notificación del presunto infractor, tenía el deber de intentar la notificación en esta dirección.

Así las cosas, será confirmado el fallo de primera instancia, por configurarse la causal de nulidad de la Resolución DOF2016006576 del 17 de marzo de 2017, por haberse desconocido el derecho de audiencia y de defensa, ya que se declaró contraventor al hoy demandante y se le impuso una multa, sin que hubiese sido notificada debidamente la orden de comparendo DOR0058879.

6. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibídem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y en igual sentido a lo previamente señalado, se condenará en costas en esta instancia a la parte accionada, por habérsele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto y por haberse confirmado la providencia recurrida.

Se fijarán agencias por en un 4% de las pretensiones solicitadas a cargo de la parte demandada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º numeral 1 del PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura al haberse constatado la actuación del apoderado judicial de la parte actora y en consideración a la duración del proceso.

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,

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales del 29 de agosto de 2019, que accedió a las súplicas de la demanda.

Segundo: Condenar en costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, las que serán liquidadas por la Secretaría en la oportunidad de ley. Se fijarán las agencias en derecho en un 4% de las pretensiones solicitadas a cargo de la parte demandada.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer 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. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 267

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17001-23-33-000-2018-00398-00
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	German Valencia Ocampo
Demandado:	Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

Se procede a dictar sentencia de primera instancia:

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de: ***i)*** La resolución SUB 66063 de marzo 09 de 2018; y ***ii)*** La Resolución DIR 6596 de abril 05 de 2018; expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, mediante las cuales se negó la reliquidación de una pensión de vejez.

Por lo anterior, se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez, con base al salario más alto devengado en el último año de servicios, en aplicación por transición, del cálculo del I.B.L. pensional de que trata el Decreto 546 de 1971; cancelando las diferencias indexadas, entre la pensión reconocida y la que deba reliquidarse.

1.2. Sustento fáctico relevante.

Se relata que, el actor nació el 21 de febrero de 1957 y laboró por más 20 años al servicio de entidades públicas, entre el 1 de julio de 1977 y el 01 de marzo de 2017, lapso entre los que se incluyen mas de 10 años servidos a la Fiscalía General de la Nación.

Que mediante Resolución SUB 120133 de julio 07 de 2017 se reconoció la pensión de vejez en cuantía mensual de $6.803.465 a partir del 02 de marzo de 2017; acto mediante el cual se aceptó que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido por la Ley 100 de 1993, remitiéndose a los requisitos pensionales establecidos en el Decreto 546 de 1971, empero, aplicando una ingreso base de liquidación compuesto por lo devengado en los últimos diez años de servicio.

Inconforme con lo allí decidido, la parte actora radicó solicitud de reliquidación de la mesada pensional, deprecando que se diese aplicación al ingreso base de liquidación que establecía el Decreto 546 de 1971 para los empleados que, como él, prestaron sus servicios a la Fiscalía General de la Nación, esto es, tomando como base el ingreso salarial mas alto

del último año de servicios. Pedimento desatado desfavorablemente mediante la Resolución SUB 66063 de marzo 09 de 2018.

Que por vía de recurso de apelación a través de la Resolución DIR 6596 de abril 05 de 2018, se revocó el acto administrativo anterior, empero al advertir un error meramente aritmético que dio lugar al incremento del monto de la mesada pensional a un valor de $ 6.811.255, sin acceder a la aplicación del I.B.L. en los términos del Decreto 546 de 1971.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Con la expedición de los actos demandados consideró que, la entidad demandada violó, entre otras normas, la Constitución Política, artículos 2, 4, 6, 29, 48 y 53, el Decreto 546 de 1971, los Decretos 717 y 911 de 1978 y la Ley 100 de 1993, artículo 36. Consideró que los actos atacados vulneran las normas invocadas en cuanto aceptan que el actor es beneficiario del régimen de transición y por ello le debe ser aplicado el régimen pensional establecido en el Decreto 546 de 1971, empero no incluyen dentro del cómputo del ingreso base de liquidación el salario más alto por él recibido en el último año de servicios.

Con relación a los factores salariales a tenerse en cuenta, considera la parte nulidiscente que debe darse aplicación al Decreto 717 de 1978, por lo cual de conformidad con la certificación expedida por la Fiscalía General de la Nación se debe tomar: la asignación mensual más elevada recibida en el último año de servicios, sumando a esta, las doceavas correspondientes a los rubros: "PRIMA DE NAVIDAD", "PRIMA DE SERVICIOS", "PRIMA DE PRODUCTIVIDAD", "PRIMA DE VACACIONES" Y "BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS".

2. Contestación de la demanda

La **entidad demanda** se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos afirmó que son ciertos los relacionados con el reconocimiento de la pensión, pero aseguró que la misma se liquidó de conformidad con las normas que regulan el asunto.

Propuso como excepciones: "*AUSENCIA DEL DERECHO RECLAMADO*" aduciendo que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 no es procedente la reliquidación pensional en los términos pretendidos por la parte actora; que para dar aplicación a una normatividad anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente se puede aplicar lo atinente a la edad, semanas y monto, mas no la forma para calcular el IBL. "*IMPROCEDENCIA DE TOMAR TODOS LOS FACTORES SALARIALES DEVENGADOS*" señalado que, los factores salariales que deben ser incluidos para efectos pensionales, no son otros que los que fueron tomados como base de aportes al sistema pensional, esto es, los establecidos por los Decretos 691 y 1158 de 1994. "*IMPROCEDENCIA DE RELIQUIDAR LA PRESTACIÓN PENSIONAL*" con base a lo ya señalado en los anteriores medios exceptivos.

Finalmente, en términos generales y sin referirse al caso concreto, propuso las excepciones de "*BUENA FE*" y "*PRESCRIPCIÓN*".

3. Alegatos de conclusión

La **parte actora** señaló que, de conformidad con los principios de inescindibilidad y favorabilidad el régimen pensional establecido en el Decreto 546 de 1971 debe ser aplicado de manera íntegra, en razón de la transición establecida por la Ley 100 de 1993, sin que sea dable pretender que se apliquen elementos de uno y otro régimen pensional.

Que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 expedida por el Consejo de Estado vulnera los principios antes señalados y el de progresividad de las normas laborales, por lo cual solicita que en los términos de la sentencia C-621 de 2015 se proceda a apartarse de dicho antecedente jurisprudencial, considerando que en todo caso, dicha decisión de unificación analizó un caso de aplicación de la Ley 33 de 1985 y no, como se presenta en este asunto, del Decreto 546 de 1971.

La **entidad demandada** reiteró los argumentos plasmados en la contestación a la demanda, especialmente en lo que refiere a lo dispuesto por la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, el 28 de agosto de 2018.

El **Ministerio Público** no se pronunció en esta etapa.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Cuenta el accionante con derecho a que su mesada pensional sea elevada tomando como base el salario mensual más alto devengado en el último año de servicios, en aplicación de todos los factores salariales percibidos?*

En caso afirmativo: *¿Cuál es el periodo en el cual se deben calcular los descuentos de los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal?* Además: *¿Cuáles son las sumas que deben ser objeto de indexación?*

2. Primer Problema Jurídico

Tesis del Tribunal: No es procedente reliquidar la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta el salario más alto devengando durante el último año de servicios, por cuanto, resulta aplicable la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018[1] proferida por el Consejo de Estado y si bien por ser beneficiario del régimen de transición, deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional que le era aplicable con anterior a la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, para determinar el IBL, la liquidación debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma.

Para fundamentar lo anterior se señalarán: i) las situaciones jurídicas relevantes probadas; ii) la aplicación del régimen de transición pensional y iii) la resolución del caso concreto.

2.1. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- El demandante nació el 21 de febrero de 1957, (fl. 54, cdo. 1) y laboró como empleado público al servicio por más de 20 años, con más de 10 años prestados al servicio de la Fiscalía General de la Nación (fls. 45-46, cdo. 1).

- Mediante Resolución SUB 120133 de julio 07 de 2017 se reconoció pensión de vejez al actor en cuantía mensual de $6.803.465 a partir del 02 de marzo de 2017, tomando para su

[1] Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

cómputo el valor promedio de *"los salarios y rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión" (*fls. 33-39, cdo. 1).

- El accionante el 19 de octubre de 2017 solicitó la reliquidación de su mesada pensional, de conformidad con lo establecido por el Decreto 546 de 1971, esto es, tomando el salario mensual más elevado en el último año de servicios en aplicación de todos los factores salariales por él devengados (fls. 58-61, cdo. 1).

- Mediante Resolución SUB 66063 de marzo 09 de 2018 se negó la solicitud de reliquidación reiterando que, la aplicación del régimen de transición se limita a la aplicación de los elementos edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, empero que la base de liquidación no es otra que la contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, aquellos emolumentos que hayan sido base de cotización pensional durante los 10 años anteriores al retiro del servicio (fls. 40-43, cdo. 1).

- A través de Resolución DIR 6596 se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución SUB 66063 de 2018, confirmando la negativa frente a la reliquidación solicitada, empero elevando el monto de la mesada pensional a la suma de $6.811.255 al efectuar una corrección en el cálculo del I.B.L., el cual se reitera, corresponde a los salarios o demás rentas laborales que hayan sido base de cotización pensional durante los 10 años anteriores al retiro del servicio (fls. 45-49, cdo. 1).

- De conformidad con el certificado expedido el 24 de julio de 2018 por la Fiscalía General de la Nación, el demandante devengó como salario mensual más alto en el último año de servicios la suma de $17.061.466 y contando con derecho como director seccional de Fiscalías, al pago a las prestaciones sociales denominadas *"PRIMA DE NAVIDAD"*, *"PRIMA DE SERVICIOS"*, *"PRIMA DE VACACIONES"*, *"BONIFICACIÓN POR SERVICIOS"* y *"PRIMA DE PRODUCTIVIDAD (SEMESTRES 1 Y 2)"* (fl. 68, cdo. 1).

2.2. Aplicación del régimen de transición pensional

Las partes coinciden en afirmar que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993[2], empero, difieren en la interpretación que se hace de dicha normativa, pues la parte actora aduce que la pensión debe liquidarse según la el Decreto 546 de 1971[3], teniendo como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios, mientras que la demandada sostiene que debe darse aplicación al precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional, que tiene al IBL como aspecto no cobijado por el régimen de transición.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a través de sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018[4] señaló:

> *"85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto*

[2] Ver, escrito de demanda y actos administrativos demandados.
[3] ***Artículo 6º.*** *Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 30 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales 10 hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Publico, o ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.*
[4] Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.
(…)
92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

*"**El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985**".*

*93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:*

*94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
…
*96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones".*

De la Sentencia de Unificación se concluye:

(i) El régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se refiere a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

(ii) Dentro del concepto monto, existe un elemento especialmente regulado por el legislador de forma homogénea para todos los beneficiarios del régimen de transición, este es, el ingreso base de liquidación –IBL-, factor que debe atender a lo regulado por el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, dependiendo del tiempo que le faltare al

interesado, a la entrada en vigor del sistema general de pensiones, para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Si le faltaren más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(iii) Para lo anterior, deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión, solamente los factores sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas, en tanto, la liquidación pensional debe atender a lo efectivamente cotizado.

2.3. Aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018

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

> *113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.*
>
> *114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.*
>
> *115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general,* ***ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a 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.***
>
> *116. Para la Sala, 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.*
>
> *117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron 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.

2.4. Aplicación del precedente a los beneficiarios del régimen de pensiones del Decreto 546 de 1971

La parte actora en sus alegatos de conclusión plantea que, las referidas reglas de unificación jurisprudencial no resultan aplicables al presente asunto dado que, dicha providencia analizó un asunto en el cual el régimen aplicable por transición era el establecido para empleados públicos en general, esto es, la Ley 33 de 1985, lo cual difiere de su caso, dado que las normas aplicables son las contenidas en el Decreto 546 de 1971.

Las referidas aseveraciones de la parte actora no son de recibo, pues la ya aludida sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no señaló reglas para la aplicación de la Ley 33 de 1985 sino criterios de unificación para la aplicación del régimen de transición que fue establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según los cuales,
se permite el análisis de los requisitos pensionales con base al régimen legal anterior -sin limitarse a que deba tratarse únicamente del dispuesto por la Ley 33 de 1985- de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo del correspondiente régimen pensional aplicable -según el caso- antes de la entrada en vigor del régimen general de pensiones, empero, con la aplicación necesaria del elemento I.B.L. que fue dispuesto por este nuevo régimen pensional. Esto es, reglas jurisprudenciales que se tornan aplicables a toda discusión de índole pensional que orbite en aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, se pronunció la Corte Constitucional a través de la sentencia T-109 de 2019[5], en la que, al estudiar casos similares al presente, reiteró su interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según la cual lo allí dispuesto atañe a todos los regímenes anteriores a la expedición de dicha normativa, esto es, *"cobija tanto a quienes estuvieron afiliados al denominado régimen general (Ley 33 de 1985) como a los demás regímenes especiales (Rama Judicial, Procuraduría General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil, etc.)"*, bajo el compartido criterio de que, las mismas son criterios de interpretación para todo régimen pensional al que se acuda con base a la transición que estableció la referida Ley 100.

Por su parte, el H. Consejo de Estado en providencia del 19 de febrero de 2020[6], al resolver en sede de tutela un cargo de indebida aplicación del precedente jurisprudencial idénticamente planteado por la parte actora en dicho asunto, con base a los planteamientos previamente referidos de la H. Corte Constitucional, concluyó:

"La señora María Eugenia Puerta Navarro asegura que "se dio aplicación a la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018 en la que se fijó las sub reglas particularmente para el régimen pensional de la ley 33 de 1985, sin embargo la ley no me cubre pues el régimen aplicable a mi caso es el establecido en el Decreto 546 de 1971".
…
Es de resaltar que el tribunal constitucional tampoco discrimina entre los regímenes

[5] 13 de marzo de 2019, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
[6] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, radicado 11001-03-15-000-2019-05288-00(AC), Consejero ponente: Milton Chaves García.

especiales a la hora de establecer y aplicar las reglas del régimen de transición, reglas que, para los efectos del caso concreto, estaban contenidas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y que fueron aplicadas sin vulnerar algún derecho fundamental, es forzoso concluir que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia se dictó respetando el ordenamiento jurídico, diferente que la accionante no la comparta o que la misma no lo favorezca desde una perspectiva económica.

En suma, hay dos aspectos a destacar: primero, que las sentencias invocadas en la solicitud de amparo no tienen la entidad suficiente para construir un cargo por desconocimiento del precedente, habida cuenta que la tesis que contienen ya fue recogida. Segundo, que la autoridad accionada no incurrió en ninguna irregularidad al tener en cuenta y fallar el caso de acuerdo a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, ***ya que esta providencia es aplicable a todos los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, incluido el que regula a los funcionarios de la Rama Judicial****.* (Resalta la Sala).

Precisamente en esta línea de intelección, mediante decisión del 11 de julio de 2020, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado mediante sentencia CE-SUJ-S2-021-20, unificó su jurisprudencia sobre este tipo de asuntos sentando las siguientes reglas:

*"**Unificar** la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:*

El servidor o ex servidor de la Rama Judicial o del Ministerio Público beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 adquiere el derecho a la pensión, siempre que:

***i)** Para el 1.º de abril de 1994, cuando cobró vigencia la Ley 100 de 1993 en el ámbito nacional o para el 30 de junio de 1995 cuando empezó a regir en el ámbito territorial, tenga:* ***a)** 40 años de edad si hombre, 35 años de edad si es mujer o;* ***b)** 15 años o más de servicios efectivamente cotizados.*

***ii)** Reúna además los requerimientos propios del régimen de la Rama Judicial y del Ministerio Público estipulados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 para consolidar el estatus pensional que son:* ***a)** el cumplimiento la edad de 50 años si es mujer o 55 años si es hombre;* ***b)** el tiempo de 20 años de servicios, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto, que tuvo lugar el 16 de julio de 1971; 296* ***c)** de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades.*

En cuyo caso, el reconocimiento de su pensión se efectuará de la siguiente manera:

iii) Con los elementos del régimen anterior consagrados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 que son: ***a) la edad** de 50 años si es mujer o de 55 años si es hombre;* ***b) el tiempo de servicios de 20 años**, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto;* ***c)** de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades;* ***d) la tasa de reemplazo del 75%;** e)* ***el ingreso básico de liquidación** de que tratan los artículos 21 y 36, inciso 3.°, de la Ley 100 de 1993, según el caso; es decir, si le faltare **más** de 10 años, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión actualizados anualmente con base en la IPC certificado por el DANE, y si le faltare **menos** de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será: (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere*

superior, actualizado anualmente con base en IPC certificado por el DANE; y ***f) con los factores de liquidación*** *contemplados por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 al igual que por los artículos 14 de la Ley 4ª de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996; 1° del Decreto 610 de 1998; 1° del Decreto 1102 de 2012; 1° del Decreto 2460 de 2006; 1° del Decreto 3900 de 2008; y 1° del Decreto 383 de 2013, según se trate de magistrados o empleados de la Rama Judicial o del Ministerio Público."* (Subraya la Sala, negrilla del texto original)

Corolario, observa la Sala que las reglas de unificación señaladas y aplicadas por el *A quo* no solo si resultaban aplicables al caso que aquí se analiza, sino que incluso han sido reiteradas mediante unificación reciente en lo que respecta a la aplicación del Decreto 546 de 1971.

2.5. Caso Concreto

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior. Sin embargo, para determinar el IBL, la liquidación debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

En el caso concreto se observa que, para la fecha de entrada en vigor del sistema general de pensiones, al demandante para acceder a su pensión de vejez, le faltaban más de 10 años para cumplir los 55 años (nació el 21 de febrero de 1957).

Lo anterior significa que, la liquidación de su pensión debía realizarse en los términos previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE; tal como en efecto se menciona en los actos administrativos cuya nulidad se depreca.

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta, atendiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, norma que a la letra indica:

*"**ARTICULO 1o.** El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
g) La bonificación por servicios prestados".

Además, para que proceda la reliquidación pensional, a la parte demandante le corresponde acreditar que, frente a los factores que solicita sean incluidos para establecer el ingreso base de liquidación pensional realizó los respectivos aportes y no obstante, la entidad no los tuvo en cuenta al momento de liquidar la pensión.

En la Resolución SUB 120133 de julio 07 de 2017 se señaló que, la pensión se calcularía con el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos diez años, es decir el ingreso base sobre el que mes a mes se efectuaron aportes con destino a pensión y además, dichos factores fueron actualizados según la variación porcentual del índice de precios al consumidor (fls. 35-36, cdo. 1) lo cual se acompasa con la disposición que se acaba de reproducir.

Además, aunque se certificó que el demandante percibió en el último año de servicios otros factores que no se enuncian en la norma como factores salariales para efectos pensionales, no se acreditó que sobre ellos se hubiesen efectuado aportes a pensión. Igualmente cabe señalar de conformidad con el certificado de salarios ya reseñado, el actor no percibió ninguno de los factores especialmente aplicables a los funcionarios de la Rama Judicial y el Ministerio Público contenidos en los artículos 14 de la Ley 4ª de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996, 1° del Decreto 610 de 1998; 1° del Decreto 1102 de 2012; y 1° del Decreto 2460 de 2006.

2.6. Conclusión

El demandante no cuenta con derecho a que la prestación pensional reconocida sea objeto de reliquidación en los términos deprecados en la demanda -con base al salario mensual más alto del último año de servicios y en aplicación de todos los factores salariales devengados-, pues de conformidad con el inciso 3° de del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se itera, este debe ser liquidado con base en el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, *actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE* y en todo caso, solamente los factores que fueron objeto de cotizaciones al sistema pensional.

Al ser resuelto negativamente el primer problema jurídico, por sustracción de materia no resulta necesario resolver sobre los demás. En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

3. Costas

No se condenará en costas teniendo en cuenta que, la parte actora soportó sus reclamaciones judiciales en la jurisprudencia que el Consejo de Estado había proferido para casos similares.

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: NIÉGANSE las pretensiones formuladas por la parte actora dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por German Valencia Ocampo contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

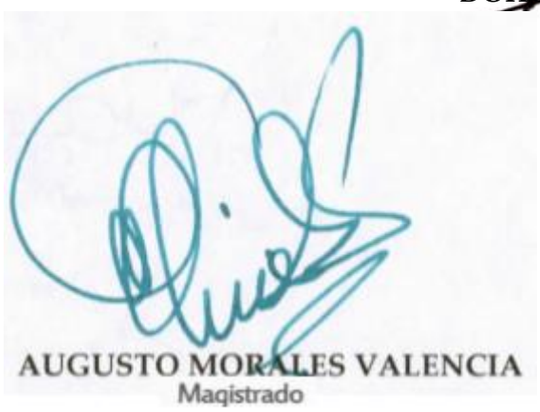
SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: EJECUTORIADA la presente providencia, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, a la parte interesada y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOCTOR EDWIN VARÓN VIVAS
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. 275

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado:	17-001-23-33-000-**2020-00034**-00
Naturaleza:	Validez de Actos Administrativos
Demandante:	Departamento de Caldas
Demandados:	Concejo de Victoria (Caldas) y municipio de Victoria (Caldas)

Se procede a emitir fallo, con ocasión de la solicitud de estudio de validez presentada por la Gobernación de Caldas, respecto del Acuerdo 014 del 30 de diciembre de 2019 del Municipio de Victoria (Caldas).

I. ANTECEDENTES

1. SUSTENTO FÁCTICO

Se expone en la solicitud que, el Concejo de Victoria - Caldas, aprobó el Acuerdo No. 014 del 30 de diciembre de 2019 "*Por medio del cual se aprueba el presupuesto de rentas, recursos de capital y apropiaciones para gastos del municipio de Victoria Caldas para la vigencia 2020*".

Que Alcalde del municipio de Victoria (Caldas), el 31 de octubre de 2019, presentó ante el Concejo municipal el proyecto de acuerdo de presupuesto No. 11 correspondiente para la vigencia del año 2020[1].

Que el Concejo en sesión extraordinaria del 21 de diciembre de 2019, llevó a cabo el primer debate del proyecto de acuerdo de presupuesto y el segundo debate en plenaria el 27 de la misma calenda.

Aprobado el proyecto de Acuerdo, fue sancionado por el Alcalde el 30 de diciembre de 2019.

2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Expuso como fundamento de su pretensión los artículos 313 (ord. 5) 315 (ords. 5 y 6),

[1] Después sería aprobado como Acuerdo No. 14 del 30 de diciembre de 2019

346, 348, 352 y 353 de la Constitución Política; los artículos 12, 14, 52, 58 y 109 del Decreto 111de 1996 y artículos 83 y 89 del Acuerdo No. 017 del 21 de noviembre de 208 "*Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Presupuesto de Victoria Caldas"*.

Con base en lo anterior adujo que, el Acuerdo cuestionado no fue debatido por el Concejo de Victoria dentro del término establecido por el Estatuto Orgánico de Presupuesto, por lo tanto, correspondía al Alcalde adoptar mediante decreto el presupuesto para la vigencia de 2020 y no citando a sesiones extraordinaria tal y como ocurrió en el presente caso.

3. TRÁMITE DEL ASUNTO.

La solicitud de pronunciamiento de validez fue admitida a través de proveído datado el 10 de febrero de 2020 (fl. 40), y se ordenó la notificación a las partes y la fijación en lista por el término de 10 días. Finalmente mediante auto del 16 de julio del mismo año (fl. 55), se dispuso tener como pruebas las aportadas con la demanda.

4. PRONUNCIAMIENTO DE LOS SUJETOS PROCESALES.

- El municipio de Victoria adujo que, el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986 establece que el proyecto de presupuesto debe ser presentado el 1 de noviembre, norma que a su juicio contraría lo establecido en el artículo 346 de la Constitución Política que señala el término de 10 días.

De otra parte, afirmó que no existe norma que indique que el Decreto 1333 de 1986 sigue vigente.

Sostuvo que el proyecto de Acuerdo fue puesto a discusión de la plenaria dentro de los tres días siguientes a su aprobación por la comisión encargada; al paso que admitió que el único término que no se cumplió fue el estudio en comisión del 20 de noviembre de 2019.

- El Concejo de Victoria no se pronunció.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El control de validez de los actos administrativos es un procedimiento judicial de carácter preventivo que, en el caso que tiene lugar por solicitud del Gobernador del Departamento elevada ante el Tribunal Administrativo de Caldas, con arreglo a lo señalado en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, respecto de los motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad planteados en el escrito remisorio.

El trámite que debe surtirse en sede administrativa, corresponde al dispuesto en el artículo 82 de la Ley 136 de 1994, así: *Revisión por parte del Gobernador. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, el alcalde enviará copia del acuerdo al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución. La revisión no suspende los efectos de los acuerdos."*

A su vez, el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política precisa: ***"Son*** *atribuciones del gobernador: (…) 10. Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez."*

Entre tanto, el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 establece: "S*i el Gobernador encontrare que el acuerdo es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que lo haya recibido, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida sobre su validez.*

El artículo 120 del Decreto 1333 de 1986 dispone: "*El Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). El mismo día en que el Gobernador remita el Acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcaldes, personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso".*

2. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto jurídico a resolver se centra en establecer si: *¿La aprobación del Acuerdo No. 14 del 30 de diciembre de 2019, "Por medio del cual se aprueba el presupuesto de rentas, recursos de capital y apropiaciones para gastos del municipio de Victoria Caldas para la vigencia 2020", tiene vicios de procedimiento, toda vez que no fue debatido y aprobado por el Concejo Municipal dentro de los términos establecidos por el Estatuto Orgánico de Presupuesto?*

3. TESIS DEL TRIBUNAL

El Acuerdo No. 14 del 30 de diciembre de 2019 se encuentra viciado por omisión en el cumplimiento de los términos señalados en el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto el proyecto de Acuerdo no fue aprobado en el mes de noviembre de 2019, como a continuación se explica:

3.1. Trámite para la aprobación de Presupuesto de rentas municipal.

Por disposición constitucional, la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de los municipios, se regulan por la Constitución, la ley Orgánica del Presupuesto y las normas orgánicas que compete dictar a los concejos en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 313, numeral 5º, superior, aplicando en lo pertinente "los principios y las disposiciones" establecidos en el Título XII de la Carta.

Artículo 348 de la Constitución Política Señala:

> *Si el Congreso no expidiere el presupuesto, regirá el presentado por el Gobierno dentro de los términos del artículo precedente; si el presupuesto no hubiere sido presentado dentro de dicho plazo, regirá el del año anterior, pero el Gobierno podrá reducir gastos, y en consecuencia, suprimir o refundir empleos, cuando así lo aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio.*

El artículo 266 del Decreto 1333 de 1986 "*Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal*" dispone que:

> "e*n el primer día de las sesiones ordinarias del mes de noviembre, el Alcalde presentará al Concejo el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia próxima. El acuerdo correspondiente* ***deberá ser expedido por el Concejo Municipal durante las sesiones*** *de* ***noviembre*** *cada año, incluido el período de prórroga*".

Por su parte el artículo 64 del Decreto 111 de 1996[2], establece:

> ***"Artículo 64. Si el Proyecto de Presupuesto General de la Nación*** *no hubiere sido presentado en los primeros diez días de sesiones ordinarias* ~~***o no hubiere sido aprobado por el Congreso***~~***,*** *el Gobierno Nacional expedirá el decreto de repetición antes del 10 de diciembre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 348 de la Constitución Política. Para su expedición el Gobierno podrá reducir gastos y en consecuencia suprimir o refundir empleos cuando así lo considere necesario teniendo en cuenta los cálculos de rentas e ingresos del año fiscal."*

El texto tachado fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-1645 de 2000, en la que precisó:

> *"Las consecuencias que, según esta norma constitucional, se producen cuando el Gobierno incumple el deber de presentar el proyecto de presupuesto son distintas de las que se generan cuando el proyecto no es expedido por el Congreso. En el primer caso, esto es, cuando el proyecto no es presentado por el Gobierno dentro de los diez (10) primeros días de cada legislatura, como se lo impone el artículo 346 de la Constitución, recobra vigencia el presupuesto del año anterior, evento en el cual el Gobierno podrá reducir gastos. En el segundo, es decir, cuando el proyecto ha sido presentado por el Gobierno en tiempo, pero no es expedido o aprobado por el Congreso rige el presentado por el Gobierno".*

Las normas anteriores son aplicables a las entidades territoriales por mandato del artículo 109 del mismo decreto que les ordena expedir normas en materia presupuestal que sigan las mismas disposiciones del orden nacional, en los siguientes términos:

> *"**Artículo 109.** Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto en lo que fuere pertinente.*
> *Si el alcalde objeta por ilegal o inconstitucional el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, deberá enviarlo al tribunal administrativo dentro de los cinco días siguientes al recibo para su sanción.*
> *El tribunal administrativo deberá pronunciarse durante los veinte días hábiles siguientes. Mientras el tribunal decide, regirá el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, bajo su directa responsabilidad (L. 38/89, art. 94; L. 179/94, art. 52)".*

En síntesis, respecto a la aprobación del presupuesto de rentas y gastos para la

[2] "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto"

vigencia próxima de los municipios, se tiene lo siguiente:

1.- El proyecto de acuerdo es a iniciativa del Alcalde.
2.- Debe ser presentado ante el Concejo Municipal durante los 10 días siguientes a iniciar sesiones en el mes de noviembre.
3.- El proyecto de Acuerdo d**ebe ser aprobado por el Concejo durante las sesiones del mes de noviembre**, incluyendo su prórroga.
4.- En caso de que el proyecto no hubiere sido presentado en los primeros diez días de sesiones ordinarias, el Alcalde deberá expedir el decreto de repetición antes del 10 de diciembre.

3.2. Caso Concreto

De las constancias expedidas por el Concejo de Victoria (Caldas), se destaca lo siguiente:

- Que el Alcalde de Victoria (Caldas), el 31 de octubre de 2019 presentó ante el Concejo de la misma municipalidad, el proyecto de Acuerdo del Presupuesto de la vigencia 2020.

- Que el proyecto de Acuerdo No. 11 de 2019 "*Por medio del cual se aprueba el presupuesto de rentas, recursos de capital y apropiaciones para gastos del municipio de Victoria Caldas"*, fue discutido en el primer debate por la Comisión Tercera Permanente de Presupuesto y Hacienda Pública el 21 de diciembre de 2019[3] y en segundo debate, el 27 de la misma data[4].

Con claridad meridiana se observa que, el proyecto de Acuerdo que posteriormente sería el Acuerdo No. 014 del 30 de diciembre de 2019 "*Por medio del cual se aprueba el presupuesto de rentas, recursos de capital y apropiaciones para gastos del municipio de Victoria Caldas"*, no fue aprobado por el Concejo en el mes de noviembre, esto es, en el término indicado en el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986.

Es claro para la Sala, el espíritu de las normas que establecen el trámite de presentación, debate y aprobación del presupuesto de rentas y gastos del municipio, el cual al ser un tema de trascendencia para los intereses de la comunidad, puesto que allí se establece el plan operativo de inversiones, que permiten el desarrollo de los proyectos de presupuesto y la inversión del gasto; por lo tanto, debe ser objeto de un juicioso y cuidadoso análisis por parte de los Concejo, dentro del terminó que la ley dispone, de tal manera que, ni se acoja un presupuesto a la ligera y sin respectivo debate democrático y mucho menos, se dilate el término para que el Alcalde proceda a su adopción.

En ese orden de ideas y sin necesidad de consideraciones adicionales, se declarará la invalidez del Acuerdo No. 014 del 30 de diciembre de 2019, expedido por el Concejo Municipal de Victoria - Caldas.

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

[3] Fls. 25 - 26
[4] Fl. 16 Vto.

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. FALLA

Primero: **Declarar la invalidez** del Acuerdo No. 014 del 30 de diciembre de 2019 *"Por medio del cual se aprueba el presupuesto de rentas, recursos de capital y apropiaciones para gastos del municipio de Victoria Caldas"*, expedido por el Concejo Municipal de Victoria - Caldas.

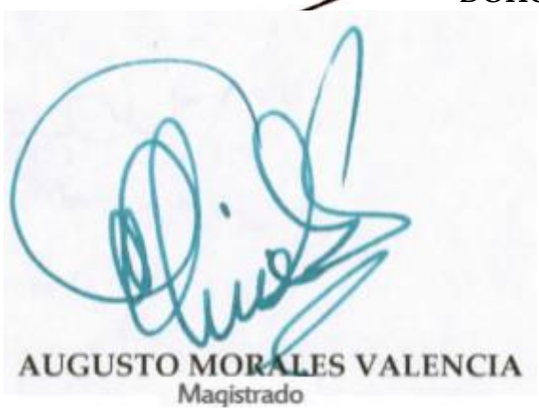
Segundo: Comuníquese esta determinación al señor Alcalde de Victoria, al señor Presidente del Concejo de la misma localidad y al señor Gobernador de Caldas.

Tercero: En firme esta sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente 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. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 268

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-33-004-2018-00557-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Luis Fernell Ocampo Múnera
Accionado	Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

El Tribunal Administrativo de Caldas, 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

Solicita se declare la nulidad del oficio 1024-6 de 19 de noviembre de 2015, 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

Al demandante le fue reconocida una pensional de jubilación a través de la Resolución 21349 de 11 de marzo de 1998. Mediante escrito radicado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, 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 al 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, 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: no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante 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 no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la práctica de dicha disposición, en lo

relacionado con el aumento anual de la pensión; además, que no se vulneró el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política; con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

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; qué sin embargo el artículo 279 de la misma excluyó a los docentes del sistema de Seguridad Social Integral de Se Seguridad Social.

Considera 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 sentí 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.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA[1], 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 Ibídem.

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

[1] Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

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 021349 de 11 de marzo de 1998, se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor del demandante.

- 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. (Fl. 14-1 C. 1)

- A través de la Resolución 10264-6 de 19 de noviembre de 2015, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 19-30 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 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 1976[2], 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 1988[3] 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 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.

---

[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*

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, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexequible 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 1994[4], 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:*
>
> *"Año Inflación Salario mínimo*
>
> | | | |
> |---|---|---|
> | *1983* | *16.64* | *22%* |
> | *1984* | *18.28* | *22%* |
> | *1985* | *22.45* | *20%* |
> | *1986* | *20.95* | *24%* |
> | *1987* | *24.02* | *22%* |
> | *1988* | *28.12* | *25%* |
> | *1989* | *26.12* | *27%* |
> | *1990* | *32.36* | *26%* |
> | *1991* | *26.82* | *26.07%* |
> | *1992* | *25.13* | *26.04%* |
> | *1993* | *22.6* | *21.09%"* |
>
> *"Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.*

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

> *Así las cosas, no le asiste razón al demandante,* ***pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.***
>
> *De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada".*

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

De otro lado, la Ley 238 de 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 parágrafo:*
>
> *"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los* ***beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".***

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 Estado[5], 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*

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

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

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

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

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

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 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 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 Indice 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 salarió 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 salarió 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 14 de agosto de 2019 por Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Luis Fernell Ocampo Munera en contra de 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. 034 de 2020.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Auto que inadmite la demanda

Acción:	Electoral
Demandante:	Carlos Ossa Barrera
Demandado:	Fausto Téllez Marín y el municipio de La Dorada - Caldas
Radicado:	17001233300020200016700
Acto judicial:	Auto interlocutorio 128

Manizales, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020).

§01. El funcionario sustanciador decide sobre la admisión del proceso electoral interpuesta por el señor Carlos Ossa Barrera contra el señor Fausto Téllez Marín y el municipio de La Dorada – Caldas.

1. Consideraciones

§02. El 6 de julio de 2020 el señor Carlos Ossa Barrera presentó solicitud de la medida cautelar para la suspensión provisional de los siguientes actos: (i) la Resolución 020 del 10 de febrero de 2020 por el cual la mesa directiva del Concejo de La Dorada- Caldas, nombró al señor FAUSTO TÉLLEZ MARÍN como Personero municipal; (ii) del acta de posesión 003 de 2020 como personero del señor Fausto Téllez Marín; y (iii) de la Resolución 017 del 30 de enero de 2020 que expidió la lista de elegibles.

§03. Durante el término de estudio el 8 de julio de 2020 el demandante presentó aclaración señalando que no pudo cargar el documento de la demanda y lo adjuntaba en esta ocasión.

§04. El 10 de julio de 2020 se inadmitió la demanda. Una vez corregida, pero al no haber claridad en torno a si se había remitido la demanda, sus anexos y la corrección a las partes se requirió a la parte demandante allegara constancia del mismo, o subsanara el envío.

§05. Una vez vuelta a revisar la demanda, se encuentra que la parte actora pretende la nulidad del acto administrativo por medio del cual el Concejo del Municipio de La Dorada-Calda se eligió al Señor Fausto Téllez Marín como Personero para el período 2020 a 2024; acto que asegura está contenido en el acta de sesión plenaria del 3 de febrero de 2020 y que se protocolizó mediante Resolución 020 de febrero 10 de este año. Es pertinente señalar que en estos eventos el acto de nombramiento es la decisión

que se toma al interior del Concejo Municipal, y de la cual se deja constancia en el acta de la sesión correspondiente; es decir, el acta de la sesión es la prueba sobre la decisión que se toma de nombrar a alguien. Por ello, ni el acta de la sesión, ni mucho menos la resolución que se expidió para exteriorizar la decisión son los actos propios a demandar, aunque sirven de prueba, se reitera, no son el acto propio a demandar. Revisados los anexos de la demanda, únicamente se allegó la Resolución 020 del10 de febrero de 2020, no así el acta de la sesión plenaria ordinaria realizada el 3 de febrero de este año, que fue en la que se realizó el nombramiento del señor Fausto Téllez Marín, según lo afirmado en la demanda y en los considerandos de la mentada resolución.

Se hace entonces necesario que la demanda se dirija contra el acto propio a demandar y además se allegue la prueba de esa decisión, esto es, el acta correspondiente.

§06. Por lo anterior, la sala sexta unitaria de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve

Primero: Inadmitir la demanda electoral presentada por el señor Carlos Ossa Barrera contra el señor Fausto Téllez Marín y el municipio de La Dorada- Caldas. Se concede al demandante tres (3) días para que subsane los defectos señalados en la parte motiva, o sea allegar el acta de la sesión del concejo que nombró al Personero, e integrar la demanda en un solo escrito, que en sus pretensiones demande dicha acta y remitir esta subsanación a todas las partes. En caso de no hacerlo se rechazará.

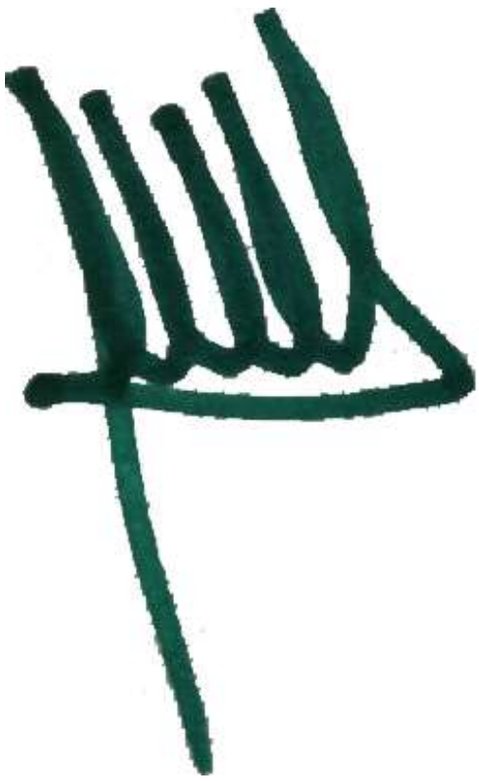
Notifíquese y Cúmplase

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico **No. 105** de fecha 13/07/2020

Manizales, 18 de agosto de 2020.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

a9b849a86d7ba77a5a006c35d00c5ecff757ad90c2198c84125a0cac2cb23f76

Documento generado en 14/08/2020 09:00:39 a.m.