

17-001-23-33-000-2016-00629-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, cinco (05) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

S. 022

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **RAMÓN ALBERTO MURILLO RENDÓN** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

I) Se declare la nulidad de la Resolución No. 8436-6 de 11 de septiembre de 2015, por medio de la cual se desconocieron y negaron los intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de homologación y nivelación salarial.

A título de restablecimiento del derecho,

- i. Se declare que la parte actora tiene pleno derecho a que las accionadas le reconozcan y ordenen pagar, los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación (11 de febrero de 1997 al año 2002) hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial.
- ii. Se condene a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a pagar los

intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al 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 períodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.

- iii. Se ordene liquidar y pagar, a expensas de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a favor de la parte actora, los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de indexación salarial se reconoció.
- iv. Que se cumpla el fallo de conformidad con el artículo 192 del C/CA y se condene en costas a la parte demandada.

CAUSA PETENDI

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

- El actor laboró en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
- La entidad territorial expidió el Decreto No. 0021 de 1997 mediante el cual transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden Nacional, a la planta de cargos y personal que laboraba en el Departamento de Caldas.
- Así mismo, el ente territorial efectuó el estudio técnico de homologación y nivelación de cargos, el cual fue aprobado por el Ministerio de Educación Nacional.
- Previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en atención a lo dispuesto por el Ministerio de Educación a través de la Directiva Ministerial N° 10 de 2005 y de la Resolución 2171 de 2006, el departamento presentó ante dicha entidad el estudio técnico

para la homologación nacional, la que fue aprobada por esa cartera ministerial.

- Como consecuencia de lo anterior, el Departamento expidió el Decreto N° 0399 del 20 de abril de 2007, por medio del cual homologó y niveló salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación.
- Con Decreto N° 337 de diciembre de 2010, el Departamento de Caldas modificó la homologación y nivelación salarial del Decreto N° 0399 de 2007.
- Mediante la Resolución No. 1892-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por Resolución N° 4224-6 del 26 de junio de 2013, se canceló a favor del ahora accionante el retroactivo por concepto de homologación salarial y según certificación expedida por la Secretaría de Educación Departamental, el retroactivo reconocido se liquidó a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009. El pago se efectuó el 15 de mayo de 2013.
- La no nivelación salarial y el pago tardío del retroactivo genera intereses moratorios.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocan los artículos 1,2,13,25,53,58,93,123,209 y 350 de la Constitución Política; 1608 nums. 1° y 2°, 1617 y 1649 del Código Civil; 177 del Decreto 01/84 y la sentencia C-367 de 1995.

En el concepto de la violación explica cómo se desarrolló el proceso de homologación e indica que los estudios técnicos no previeron el pago de intereses moratorios a que se vieran avocados. Cita el artículo 148 de la ley 1450 de 2011 sobre saneamiento de deudas que resulten del reconocimiento del costo del servicio educativo incluidas las homologaciones de cargos administrativos del sector.

Considera que se debió efectuar previamente la homologación de cargos y luego la incorporación, y así preservar los principios de igualdad y equidad laboral y explica que los intereses pretendidos se basan en que la homologación y nivelación salarial fue cancelada años después de haberse causado, y sin reconocimiento de intereses.

Afirma que con la negativa al reconocimiento de intereses se vulneran las normas constitucionales antes invocadas, principalmente el artículo 53 que contempla el carácter no renunciable de las prerrogativas laborales; a lo cual se suma el principio de favorabilidad.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS**: /fls. 65-70 cdno. 1/ se opuso a las pretensiones de la demanda.

En los argumentos de defensa hizo referencia a la manera como se llevó a cabo el proceso de homologación, concluyendo que la parte demandante recibió dineros dentro de tal proceso de manera indexada, por lo que no le asiste el derecho a reclamar intereses moratorios.

Propuso las excepciones de ‘CADUCIDAD DE LA ACCIÓN’ por haber superado el término previsto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011; ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, sustentada en que la demanda no debió dirigirse contra la entidad territorial como quiera que fue el Ministerio de Educación quien designó los recursos para atender el reconocimiento de la homologación salarial; ‘BUENA FE’, pues existen circunstancias eximentes de responsabilidad ya que el Departamento ha obrado con el correcto diligenciamiento de los actos administrativos; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’, señalando que el demandante pretende aplicar una doble sanción a una entidad que no posee la titularidad de la obligación, máxime cuando el Consejo de Estado ha indicado que no se deben aplicar dos sanciones simultaneas sobre una misma obligación laboral; ‘INAPLICABILIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS’ dado que los dineros recibidos por el demandante fueron producto de un proceso de homologación y nivelación salarial y no el pago de cesantías como se pretende hacer valer en el proceso; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en el mandato 102 del Decreto 1848 de 1969.

De igual manera, la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** formuló oposición a las pretensiones de la parte demandante /fls. 71-86 cdno. 1/.

Explica que los artículos 34 y 38 de la Ley 715 de 2001 establecieron el procedimiento a seguir para incorporar las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, el cual se debía llevar a cabo a más tardar al 21 de Diciembre de 2003. Destaca que la municipalización de la educación también se cumplió mediante un proceso de incorporación y homologación de cargos, que para el caso del personal administrativo generó costos derivados del estudio técnico que involucraba el grado de remuneración que correspondía a las funciones que debía cumplir, los requisitos exigidos para el cargo y los elementos estructurales del empleo, conforme a criterios de igualdad y equivalencia frente al personal que laboraba en las plantas de las entidades territoriales.

Añade que a partir de los recursos asignados por el Acto Legislativo 01 de 2005 para el sector educación y bajo las directrices y el acompañamiento del Ministerio de Educación se llevó a cabo el proceso de homologación de cargos y de nivelación salarial del personal administrativo. Igualmente se definió 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, se asumiría con recursos del Sistema General de Participaciones previa disponibilidad presupuestal.

Formuló las excepciones que denominó ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL’, apoyada en que la cartera ministerial tiene limitada su competencia a la administración y regulación del sistema general de participaciones, sin que ello implique la subrogación de las obligaciones que se encuentran en cabeza de los entes territoriales y además, tampoco expidió el acto administrativo demandado; ‘PRESCRIPCIÓN’ señalando que las acreencias laborales prescriben en 3 años siguientes a su causación de conformidad con los artículos 41 del Decreto 3135/68, 102 del Decreto 1848 y 151 del CPT; ‘INEPTA DEMANDA’, considerando que el Ministerio no puede ser llevado a juicio para controvertir la legalidad de un acto administrativo que no fue expedido por él y ‘GENÉRICA’ solicitando que se declare probada cualquier excepción que se encuentre demostrada en el plenario.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE: ratifica que lo pretendido se contrae al pago de intereses por la cancelación tardía del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, toda vez que la entidad demandada como empleadora tiene la obligación de cancelar el salario, y si ello no ocurre, debe asumir la mora, la cual sería incompleta si no incluye la depreciación del dinero por el paso del tiempo. Recalca que a la Nación le asistía la obligación de adelantar todas las gestiones tendientes a preservar la igualdad en los salarios del personal homologado, previo a iniciar el proceso de incorporación a las plantas de personal de las entidades territoriales.

Finaliza puntualizando que de acuerdo con lo dispuesto en el canon 16 de la Ley 446 de 1998, el Estado debe indemnizar los daños de manera integral, lo que en el caso concreto implica el reconocimiento de los intereses deprecados /fls. 126-133 cdno. 1/.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: recalca que la única participación de ese ente territorial en el proceso de homologación salarial se limitó a expedir la certificación del valor de la deuda, por ser la depositaria de la información de cada trabajador, sin embargo, acota que todo el proceso y los recursos para su financiación corresponden a la NACIÓN, por lo que no le asiste responsabilidad frente a lo reclamado por la parte actora /fls. 134-135/.

NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN: se pronunció por fuera del término, según la constancia de folio 141.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte demandante se declaren nulos los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la cancelación tardía del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y en su lugar, se acceda al pago de dichos intereses.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Conforme a lo indicado en la sub-etapa de fijación del litigio, los problemas jurídicos son los siguientes:

- *¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado?*
- *En caso de ser procedente el pago de los valores solicitados por concepto de intereses moratorios sobre la suma liquidada por concepto de retroactivo ¿cuáles serían los extremos temporales para hacer dicho pago?*
- *¿Cuál de las entidades demandadas o ambas es la llamada a responder sobre las pretensiones de la parte accionante?*

(I)

HOMOLOGACIÓN Y NIVELACIÓN SALARIAL DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO DE LA EDUCACIÓN

El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en la descentralización del servicio educativo.

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 “*Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.*” se llevó a cabo el proceso de nacionalización de la educación en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley”.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y en cambio, se abrió paso la descentralización del servicio educativo, para los departamentos y municipios, los artículos 2º y 3º de la mencionada ley establecieron:

“Artículo 2º.- Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.
- Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales.

Artículo 3º.- Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:

1.- Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

3.- Actuar como instancia de intermediación entre la Nación y los municipios, para los fines del ejercicio de las funciones que conforme a esta Ley, son de competencia de la Nación.

4.- Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

5.- Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.
- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.
- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y

facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.

- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.
- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.
- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.
- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 60. de la presente Ley”.

Y el artículo 15 definió la forma cómo se asumían dichas competencias:

“Artículo 15°.- Asunción de competencias por los departamentos y distritos. Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”.

Así mismo, respecto de la administración de las plantas de personal preceptuó:

“Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas

de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute”.

A su turno, la Ley 715 de 2001 estableció normas en materia de recursos y competencias, entre otros temas, en el servicio público de educación, disponiendo en sus cánones 37 y 38 por modo literal:

“Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley.

Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta (...)”.

A su vez, el Ministerio de Educación Nacional, atendiendo el Concepto N° 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004¹ proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, profirió la Directiva Ministerial N° 10 del 30 de junio de 2005 en la que expresa:

“Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

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. 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.”

De lo anterior se concluye que en el marco del proceso de descentralización del servicio público de educación, las entidades territoriales certificadas asumieron la administración del personal educativo y el administrativo que antes pertenecía a la Nación, lo cual implicó a su vez un proceso de ajuste de los cargos a la planta de personal de los departamentos y municipios (homologación) y la correspondiente

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

compensación de las diferencias salariales y prestacionales que resultaron con la incorporación a las nuevas plantas de personal (nivelación salarial), que en principio, se sufragaba con recursos del Sistema General de Participaciones.

(II)

INDEXACIÓN E INTERESES MORATORIOS

Tradicionalmente se ha identificado la indexación como la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda, es decir, una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado en sentencia del treinta (30) de mayo de 2013 con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González (radicado 2006-00986-01), precisó:

“(...) 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”.

A su turno la Corte Constitucional en la Sentencia C-862 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) indicó respecto a la indexación:

“(...) La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas

aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo”.

Por su parte, los intereses moratorios tienen una función indemnizatoria por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que reza:

“INDEMNIZACIÓN POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. 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”.

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el H. Consejo de Estado ha aclarado:²:

“En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas

² Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-01312(2506-2013).

económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendría como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa” /Destaca el Tribunal/.

De otro lado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ha aludido a 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, puntualizando lo siguiente³:

³ Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15).

“(…) 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”.

En este orden de ideas, en caso de llegar a hallarse probado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial, resultaría es totalmente improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

EL CASO CONCRETO

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

➤ Mediante Resolución N° 1892-6 de 22 de marzo de 2013, modificada a través de la Resolución N° 4224-6 de 26 de junio de la misma anualidad, al actor le fue reconocido el pago por homologación y nivelación salarial del período comprendido a partir del 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, incluyendo por concepto de indexación, la suma de \$ 29'597.685 /fls. 14-20 cdno. 1/.

- Dicho pago se le realizó el 15 de mayo de 2013 según se advierte de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas /fl. 21 cdno. 1/.
- Mediante petición dirigida al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el accionante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial causados desde el año de 1997 al año 2003, la cual fue negada a través del acto demandado /fls. 10- 13, 22-26 cdno. 1/.

Por ende, teniendo en cuenta que a la parte actora le fue reconocida la indexación sobre las sumas pagadas por concepto de homologación y nivelación salarial, atendiendo el marco normativo y jurisprudencial citado, la pretensión de obtener intereses de mora por el pago tardío del retroactivo no halla eco de prosperidad, dada la incompatibilidad entre ambos conceptos.

PRONUNCIAMIENTO DEL CONSEJO DE ESTADO

En este punto, cabe destacar que en casos similares esta Corporación, mediante postura mayoritaria (de la cual se ha separado quien funge como ponente en el sub lite), y acudiendo al canon 53 Constitucional, ha venido reconociendo la actualización de sumas de dinero pagadas 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 entre de uno o varios meses, lo que a juicio de la Sala mayoritaria, hacía variar el IPC y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria; además por cuanto no hubo resolución posterior que modificara el valor de la indexación para hacer un reconocimiento mayor por ajuste a este concepto.

Sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de septiembre de 2019, revocó uno de los fallos que había adoptado el Tribunal en ese sentido, esgrimiendo las siguientes razones (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 17001-23-33-000-2016-00993-01):

“(…) Se observa que el juez de primera instancia condenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento y pago de “los ajustes de indexación únicamente sobre el valor pagado a título de retroactivo menos el valor correspondiente a la indexación ya reconocida a partir del día siguiente a la ejecutoria de la Resolución 570 de 11 de abril de 2014, data en cobró firmeza el reconocimiento del retroactivo hasta el día anterior a la fecha efectiva del pago (...)” frente a lo cual, se establece, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente la indexación se tiene como la figura por la cual se actualiza la moneda que ha perdido su valor por el paso del tiempo, que entre la fecha en que adquirió ejecutoria la Resolución 570 de 11 de abril de 2014 y el día anterior al pago de la obligación, el cual tuvo lugar en el mes de mayo de 2014, esto es, aproximadamente un mes después, no transcurrió la suficiente temporalidad que en consecuencia generara la depreciación del valor reconocido por concepto del retroactivo, por lo que, no había lugar a su reconocimiento y en tal virtud se revocará la providencia enjuiciada en ese sentido” /Resalta el Tribunal/.

En la referida sentencia, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ratificó además algunas reglas jurídicas que reforzaron la decisión adversa a la pretensión de pago de intereses de mora por el pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, las cuales sintetiza el Tribunal en los siguientes puntos:

(i) El lapso transcurrido entre la fecha de reconocimiento y el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial en la mayoría de casos resulta razonable, a la luz de las diferentes gestiones de orden administrativo que deben adelantar las entidades públicas para efectuar este tipo de reconocimientos, como ocurre en el caso que sirve de parámetro, en el que apenas transcurrió un mes, tiempo en el cual no se presenta una depreciación significativa del valor de la suma reconocida.

(ii) Si el beneficiario del pago por homologación y nivelación salarial no presentó oposición o recursos contra el acto administrativo que contiene la suma reconocida, el asunto no puede subsanarse generando una nueva discusión a través de una petición posterior de reconocimiento de intereses.

(iii) No existe una norma que consagre la obligación de pago inmediato de la suma reconocida por concepto de homologación y nivelación salarial, pues como se anotó, dicho trámite está compuesto por una sucesión de etapas administrativas que incluyen la respectiva apropiación presupuestal, por lo que no resultan aplicables las normas civiles sobre intereses de mora a este tipo de casos.

(iv) Aun cuando exista retardo, no procede el pago de intereses de mora, pues como lo ha señalado esa corporación en repetidas oportunidades, al constatarse que la suma reconocida fue indexada, reconocer intereses de mora constituiría un doble pago por el mismo concepto, atendiendo la incompatibilidad entre ambas figuras, aspecto que se abordó líneas atrás.

(v) Finalmente, atendiendo al carácter eminentemente sancionatorio de los intereses de mora, su reconocimiento se halla supeditado a la existencia de una norma que expresamente los consagre en el supuesto de pago tardío de la homologación y nivelación salarial, lo cual no ocurre en este caso.

SOBRE EL RAZONAMIENTO DE EQUIDAD DEL TRIBUNAL

Como ya se mencionó, el Tribunal, acudiendo a los artículos 53 de la Constitución y 50 del Código Procesal del Trabajo, ha venido defendiendo la tesis de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales, para acceder de manera oficiosa, a un rubro no pedido en la instancia administrativa (indexación de unas sumas ya pagadas por homologación y nivelación salarial en el ramo docente); así como también dándole el carácter de crédito laboral a la técnica de indexación.

Esta postura, contrasta con el criterio minoritario de quien funge como ponente, para quien debía darse a la indexación el carácter, no de derecho, sino de una 'técnica' o 'instrumento' utilizado para actualizar algún valor por razón de su depreciación, devaluación o pérdida de valor adquisitivo, utilizando para ello, la fórmula de Índice de Precios al Consumidor (IPC) y manteniendo de esta

manera el valor actual o el poder adquisitivo de aquel que se ha perdido por razón de la inflación. De allí que, *per se*, la indexación no constituya un “derecho” en sí mismo, pues la misma puede indistintamente proyectarse bien sea sobre un asunto de índole civil, laboral, administrativo o tributario (Sentencias T-007 de 2013 y C-862 de 2006), tal como se dejó plasmado en diversas aclaraciones y salvamentos de voto en estos asuntos.

En consecuencia, se sostuvo que para poder acudir a las instituciones o fenómenos jurídicos “extrapetita” y “ultrapetita”, éstas deben referirse a SALARIOS, PRESTACIONES o INDEMNIZACIONES, y como la “actualización” o “indexación”, no ostentan la categoría de derecho o crédito de raigambre laboral, no puede accederse a rubros mayores de los previstos en la ley, y menos aún, cuando en el sistema administrativo, no han sido materia de solicitud o pedimento ante el órgano gubernamental respectivo.

Insistiendo en esta postura, también se acotó que no era posible reconocer a título de restablecimiento del derecho, una suma que no ha sido negada por medio de un acto administrativo, expreso o ficto, que debiera ser anulado, y en tal sentido, no era dable hacer cualquier tipo de reconocimiento de oficio.

Sobre este punto, el Consejo de Estado dictó recientemente dos (2) sentencias, en las que revocó igual número de fallos de esta corporación que concedían la aludida indexación al amparo del criterio de equidad brevemente esbozado.

La primera de ellas data del 23 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del expediente N° 170012333000-2018-00143-01 (4932-2019), en la cual sostuvo el alto tribunal:

“(…) En lo atañadero a la presunta facultad que se atribuye el *a quo*, para decidir *extra petita*, la Corte Constitucional, en fallo T-873 de 16 de agosto de 2001⁴, indicó que «[a]l contrario de los procesos laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa⁵, la competencia del juez al

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-873 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ *Acerca del proceso contencioso administrativo* Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, Cuarta ed. 4a. reimpresión. Señal Editora. Medellín: 1998, pags. 196 y ss.

momento de fallar no le permite decidir ultra petita o extra petita, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del petitum de la demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador».

En similar sentido, se pronunció esta Corporación el 20 de mayo de 2010⁶, al sostener que «[l]a sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A.⁷ [hoy 187⁸ del CPACA], debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión».

Derrotero reiterado por esta sala el 17 de octubre de 2017⁹, al precisar que «[...] el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 25000-23-25-000-2002-12297-01 (3712-2004), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁷ «La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones [...]».

⁸ «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».

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 66001-23-33-000-2012-00161-01 (3605-14).

las cuales omitió referirse a algún pedimento, por ello, el principio de congruencia de la sentencia garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para tal propósito».

En ese orden de ideas, conforme a lo anterior, resultaría contrario a la naturaleza de esta jurisdicción admitir la aplicación de las facultades *ultra y extra petita*, que invocó el Tribunal de instancia, como sí opera en la jurisdicción ordinaria laboral¹⁰, dado que ello vulneraría el principio de justicia rogada, el cual impone la carga a la persona que acude al aparato jurisdiccional de solicitar en la demanda, de manera específica, lo que se quiere; así como el de congruencia, que consiste en la obligación que tiene la autoridad judicial de decidir de acuerdo con lo pedido y probado; por lo tanto, deberá revocarse la orden impuesta en el fallo apelado, al constatarse que lo pretendido por la actora era el pago de los intereses moratorios, en los términos analizados en precedencia, y no la indexación dispuesta por el *a quo*” /Destaca la Sala/.

La hermenéutica esbozada fue objeto de reiteración en sentencia de 3 de diciembre de 2020, con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas (Exp. 170012333000-2016-00270-01 1245-19), en la que añadió:

“Lo anterior quiere decir que, en momento alguno, el señor Hernández Osorio requirió reemplazar el pago de los intereses moratorios, por la indexación de las sumas reconocidas, en caso de que su pretensión principal no tuviera acogida, ni mucho menos pidió que se indexara la suma indicada por el

¹⁰ Las facultades *ultra y extra petita* de las que se reviste a un juez ordinario laboral están consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al prever que «[e]l Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

tribunal, en el período por él ordenado;¹¹ por lo tanto, se debe concluir que la decisión de indexación adoptada por el juzgador de primera instancia excede el marco de la pretensión del demandante, pues, se repite, su pretensión solo se orientaba al pago de los intereses respectivos, en la forma transcrita.

(...) La situación que se analizó en la providencia en cita, coincide plenamente con la sentencia bajo análisis, toda vez que la indexación ordenada por el juzgador de primera instancia se sustentó en la Resolución 2179-6 del 22 de marzo de 2013, la cual determinó que la actualización de los valores reconocidos, comprendía el período transcurrido entre el 10 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009; sin embargo, como el pago se materializó el 15 de julio de 2013¹², atendiendo los principios de equidad y justicia, debían traerse al valor presente del momento del pago, los valores reconocidos.

No obstante lo anterior, como un pronunciamiento de tal naturaleza no se formuló por la parte demandante, mal podría el a quo reconocerlo, en consideración al carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón que conlleva revocar la condena que, en tal sentido, impuso el tribunal, en el numeral tercero de la sentencia apelada (...)”
/Resaltado del Tribunal/.

En conclusión, acogiendo las nóveles pautas jurisprudenciales sobre la materia, resulta clara la imposibilidad de exceder el objeto del litigio, con el fin de conceder una indexación no planteada ante la administración ni solicitada en el escrito introductor, más aún, atribuyéndole a dicha indexación el carácter de derecho laboral a la luz del canon 53 Superior, condición que no le es propia, como se dijo, tratándose simplemente de una técnica de actualización de valores monetarios para corregir la inflación.

¹¹ Sí hubo un requerimiento relativo a actualización, pero este se concretó en un ajuste a aquella, lo que no es coincidente con los parámetros y/o motivaciones de la decidida por el a quo, pues en ella, se pretendió sanear la descompensación que se pudo producir entre la última fecha tomada para la indexación en el acto de reconocimiento, y en la que efectivamente se produjo el pago.

¹² Folio 41.

Sumado a lo anterior, ha quedado acreditado que la suma reconocida a la parte actora fue debidamente actualizada y que dicha actualización es incompatible con los intereses que se imploran, lo que fuerza a denegar las pretensiones de la parte demandante.

COSTAS

Con fundamento en el artículo 188 del C/CA, se condena en costas a la parte actora, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso. Lo anterior, teniendo en cuenta que la parte demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial y sufragar los gastos procesales hasta su culminación.

Las agencias en derecho se tasan en el 3% del valor pretendido, a cargo también de la parte actora de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016¹³ artículo 5, numeral 1 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la parte demandante, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **RAMÓN ALBERTO MURILLO RENDÓN** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS a cargo de la parte actora, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por el equivalente al 3% del valor de las pretensiones de la demanda, también a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada.

¹³ “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 009 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 041 de fecha 9 de Marzo de 2021.

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

S. 59

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-004-2017-00354-02
Demandante: Luz de Mercedes Muñoz Pérez
Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 09 del 5 de marzo de 2021

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz de Mercedes Muñoz Pérez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 17 de julio de 2017 (fls. 2 a 9, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad total de la Resolución n° 6986-6 del 7 de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

septiembre de 2016, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG.

2. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nº 7437-6 del 21 de mayo de 1996, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG, con la cual reconoció pensión ordinaria de jubilación a favor de la parte actora.
3. Que como consecuencia de lo anterior, se reconozca lo solicitado en la reclamación administrativa presentada, esto es, que se ordene la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud equivalentes al 12% y/o 12.5% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 13 y 14); que cese el descuento por tal concepto; y que las sumas anteriores sean reintegradas desde la fecha de reconocimiento pensional debidamente indexadas.
4. Que se declare a las entidades demandadas responsables de los perjuicios causados a la parte actora con ocasión de los descuentos por aportes de salud realizados sobre las mesadas adicionales de la pensión de derecho y la devolución de cualquier otro porcentaje de cotización a salud que se haya cobrado fuera de lo legal.
5. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la parte accionada al pago de los perjuicios causados.
6. Que las sumas resultantes de las condenas se indexen conforme al artículo 192 del CPACA.
7. Que se condene a la parte accionada al pago de costas y agencias en derecho.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. Mediante Resolución nº 7437-6 del 21 de mayo de 1996, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG, reconoció pensión ordinaria de jubilación a favor de la señora Luz de Mercedes Muñoz Perez.
2. El acto administrativo de reconocimiento en su parte resolutive ordenó efectuar los descuentos de salud a favor del FOMAG.

3. Dependiendo de la normativa aplicable, los citados descuentos corresponden al 5%, 12% o 12.5%.
4. El porcentaje de descuento por concepto de aportes a salud para el caso concreto correspondía al 5% en aplicación del artículo 8 de la Ley 91 de 1989; después al 12% conforme a la Ley 812 de 2003; luego durante la vigencia de la Ley 1122 de 2007 al 12.5%; y finalmente al 12% desde el 27 de noviembre de 2008 con base en la Ley 1250 de 2008.
5. Desde la fecha de reconocimiento pensional hasta el momento de presentación de la demanda, el FOMAG a través de la FIDUPREVISORA descuenta a la parte actora el porcentaje del 12%, por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales mensuales.
6. Los anteriores descuentos se realizan no sólo sobre las mesadas ordinarias sino también respecto de las mesadas adicionales 13 y 14, correspondientes a los meses de junio y diciembre.
7. La parte accionante elevó petición ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, a través de la cual solicitó no sólo el cese y devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales, sino también que se realizara descuento sobre toda la mesada únicamente del 12% y no del 12.5%.
8. Con Resolución nº 6986-6 del 7 de septiembre de 2016, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en representación del FOMAG negó la reclamación hecha.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 42 de 1982; Ley 43 de 1984: artículo 5; Ley 91 de 1989; Ley 100 de 1993: artículos 50, 142 y 279; Ley 797 de 2003; Ley 812 de 2003: artículo 81; Decreto 1073 de 2002; Decreto 3752 de 2003: artículos 1, 4 y 5; y Ley 1250 de 2007.

Indicó que las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984 prohibieron expresamente la realización de cualquier descuento sobre la mensualidad adicional reconocida a los pensionados por la Ley 4ª de 1976.

Precisó que el beneficio de las mesadas pensionales adicionales para los docentes quedó contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y que sobre el mismo es indebido realizar descuentos para salud, conforme lo

expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³.

Expuso que a similar conclusión llegó el Tribunal Administrativo del Quindío en una sus providencias sobre el tema, del cual cita apartes.

Sostuvo que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se derogó tácitamente la norma especial consagrada en el artículo 8 –numeral 5– de la Ley 91 de 1989, y conforme al principio de inescindibilidad de la norma, resulta improcedente hacer descuentos de salud sobre las mesadas adicionales al personal docente afiliado al FOMAG.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional (fls. 51 a 66, C.1)

No se pronunció en esta etapa procesal.

Departamento de Caldas (fls. 67 a 71, C.1)

Dentro del término otorgado, la entidad territorial accionada contestó la demanda para oponerse a las súplicas de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos que denominó: “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, aduciendo que es el FOMAG quien se encarga, a través de la FIDUPREVISORA S.A., de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones a los docentes y directivos docentes, correspondiéndole únicamente al Departamento de Caldas recibir y radicar las solicitudes, certificar tiempos y régimen salarial y prestacional, así como proyectar los actos administrativos y enviarlos a la entidad fiduciaria para su estudio, verificación y aprobación; “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”, como quiera que con la expedición de la Ley 812 de 2003 se modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al FOMAG, que pasó a ser el previsto por las Leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y 1122 de 2007 (del 12% al 12.5%); “BUENA FE”, por cuanto la entidad siempre ha obrado correcta y diligentemente en el cumplimiento de sus funciones; y “PRESCRIPCIÓN (sic)”, de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3135 de 1968.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

³ Conceptos del 16 de diciembre de 1997 (Radicado: 1064) y del 11 de marzo de 2010 (Radicado: 11001-03-06-000-2010-00009-00(1988)).

El 15 de noviembre de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 82 vuelto a 89, C.1), a través de la cual negó las súplicas de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Preliminarmente precisó que corresponde al Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y no a la entidad territorial demandada, el reconocimiento de la pensión de jubilación, así como el descuento de los aportes de salud de los docentes.

Explicó que las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre tienen origen legal y fueron consagradas, respectivamente, en el artículo 15 –literal b del numeral 2– de la Ley 91 de 1989 y el artículo 5 de la Ley 4ª de 1976, como beneficios extras para los pensionados afiliados al FOMAG así como para los pensionados del sector público.

Indicó que los descuentos con destino a salud fueron consagrados inicialmente en el artículo 2 del Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 6ª de 1966, en cuantía del 5% del valor de la respectiva pensión mensual. Acotó que en similares términos fue previsto el referido descuento en el numeral 3 del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3531 (sic) de 1968.

Sostuvo que el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 y el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 prohibieron que sobre la mesada adicional prevista por la Ley 4ª de 1976 se hiciera descuento alguno, particularmente el del 5% con destino a salud conforme al artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

Expuso que la Ley 91 de 1989 que creó el FOMAG, dispuso que dicho fondo estaría constituido, entre otros recursos, por el 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, como un aporte de los pensionados.

Precisó que las mesadas adicionales de junio y diciembre también fueron previstas por la Ley 100 de 1993; y que sobre las mismas, el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1073 de 2002, prohibió la realización de descuentos.

Señaló que con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, los docentes que se vincularan a partir de la entrada en vigencia de dicha norma tendrían los derechos pensionales del régimen pensional de prima media previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; disposiciones éstas a las que quedarían igualmente sujetos los aportes para salud y pensión de los docentes afiliados al FOMAG.

Afirmó que como la disposición referida no hizo distinción frente a los afiliados pensionados, éstos también quedaron obligados a efectuar las cotizaciones a salud en los montos previstos por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tal como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004.

En lo que respecta al monto de las cotizaciones a salud, indicó que el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 lo fijó en 12%, el cual fue incrementado en 0.5% por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, y posteriormente disminuido al mismo 12% en aplicación del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008.

En ese orden de ideas, consideró la Juez de primera instancia que los pensionados afiliados al FOMAG deben hacer aportes a salud sobre sus mesadas pensionales en los montos indicados anteriormente, incluyendo las mesadas adicionales, tal como lo indicó la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado con el número 2015-02164.

Estimó que a los docentes no se les puede aplicar las normas de la Ley 100 de 1993 que eximieron a los beneficiarios del régimen general de pensiones del descuento sobre las mesadas adicionales, pues los afiliados al FOMAG sólo se gobiernan por dicha ley en lo que respecta al porcentaje de la cotización a salud, sin modificar el régimen pensional.

Descendiendo al caso concreto, la Juez *a quo* manifestó que de los elementos materiales probatorios allegados al expediente se advertía que los descuentos por salud realizados sobre la pensión de jubilación de la parte demandante se encontraban ajustados a derecho y en los montos que correspondía conforme a la normativa vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 100 a 107 del cuaderno principal, la parte demandante interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, por las siguientes razones.

Expuso que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

En ese sentido, y como la parte demandante estuvo vinculada al servicio antes del 31 de diciembre de 1989, no puede aplicársele el régimen

exceptuado de la Ley 91 de 1989 que incluyó las mesadas adicionales como base de los aportes a salud.

Acudió a la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE-SUJ2 nº 001 de 2016 relacionada con la prima de servicios de los docentes, para señalar la manera en la cual debe interpretarse el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y que en ese sentido no pueden desconocerse los derechos adquiridos de los docentes que por disposición legal de las entidades territoriales e incluso nacionales, les habían reconocido prestaciones más allá de las mínimas legales, entre ellas, la prohibición de descuentos de salud sobre mesadas adicionales.

Recordó que conforme al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990 se regirían para efectos de prestaciones económicas y sociales, por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, esto es, los Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Indicó que al analizar el contenido de los decretos citados, el único que se refirió a los descuentos para pensión fue el 3135 de 1968, que tampoco contempló un aporte sobre mesadas adicionales sino sólo sobre las ordinarias en un 5%.

Relacionó las normas anteriores y posteriores a la Ley 91 de 1989, para señalar que en ellas no se contempló el descuento de los aportes de salud sobre las mesadas adicionales.

Precisó que en atención al principio de inescindibilidad de la norma, el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 que estableció el porcentaje de cotización en salud para el personal docente e incluyó para tal efecto las mesadas adicionales, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003, fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003.

Alegó que con el fallo recurrido se está vulnerando el derecho a la igualdad, como quiera que sobre las mesadas adicionales de las pensiones gracia que administra la UGPP, no está descontando valor alguno por concepto de salud.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante, Nación – Ministerio de Educación Nacional y Departamento de Caldas. Guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 17 de enero de 2020, y allegado el 5 de marzo de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 4, C.3).

Admisión y alegatos. Por auto del 5 de marzo de 2020 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 4, C.3). Las partes no se pronunciaron en esta etapa procesal. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 7 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 7, C.3), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar el siguiente interrogante:

¿Le asiste derecho a la parte actora a que no le realicen descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud; **iii)** aportes a salud por parte de los afiliados al FOMAG; **iv)** monto de los aportes en salud de los pensionados afiliados al FOMAG; **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales; y **vi)** examen del caso concreto.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 7437-6 del 21 de mayo de 1996 (fls. 30 y 31, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$143.770, efectiva a partir del 5 de noviembre de 1995.

Según quedó consignado en la parte resolutive de dicho acto administrativo, de cada mesada pensional el FOMAG descontaría el 5%, para efectos de la prestación del servicio médico asistencial.

2. El 9 de agosto de 2016, la parte actora elevó solicitud a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (fl. 11, C.1), tendiente a obtener la devolución debidamente indexada y desde la fecha de reconocimiento pensional, de los dineros correspondientes a los aportes de salud equivalentes al 12% y/o 12.5% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesadas 13 y 14), así como el cese de dichos descuentos.
3. Con Resolución nº 6986-6 del 7 de septiembre de 2016 (fls. 12 y 13, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el cese y devolución de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales pagadas a la parte demandante.
4. De conformidad con certificación expedida por la FIDUPREVISORA S.A. (fls. 15 a 23, C.1), sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos adicionales por concepto de salud.

Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud

El artículo 48 de la Constitución 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, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados.

Por su parte el artículo 49 de la Carta Política alude a la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado, debiendo garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la 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.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 estableció las modalidades en que los participantes del Sistema General de Seguridad Social acceden al servicio de salud: unos en calidad de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros, en forma temporal, como vinculados.

Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez o sobreviviente, pertenecen al régimen contributivo por tratarse de afiliados con capacidad de pago y aportan al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizantes.

Para quienes se hubieren pensionado antes del 1º de abril de 1994, el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 consagró un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resultara de la aplicación de dicha ley. Así mismo dispuso que la cotización para salud de los pensionados estaría totalmente a su cargo, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 contempló la obligación, sin excepción, de aportar a partir del 1º de abril de 1994 a los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones.

Sobre la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de los pensionados, tanto en los regímenes especiales como en el ordinario, en sentencia T-835 de 2014 la Corte Constitucional precisó:

Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico

asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

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

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

De conformidad con lo anterior, es evidente que el ordenamiento jurídico atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – entre ellos los pensionados– el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera.

Conviene precisar que los aportes a salud para afiliados y pensionados se encontraban previstos igualmente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en normas tales como la Ley 4ª de 1966⁴, que en su artículo 2 estableció específicamente para quienes eran beneficiarios de pensiones de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, el deber de cotizar mensualmente el 5% de su mesada a favor de dicha entidad.

Lo anterior fue reiterado por el Decreto 3135 de 1968⁵ en su artículo 37, al señalar que:

⁴ “Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

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.

Aportes a salud por parte de los afiliados al FOMAG

La Ley 91 de 1989⁶ en su artículo 15 determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiendo de la vinculación, así:

ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 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 registrarán 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.

El artículo 5 numeral 2 de la citada disposición, señaló como uno de los objetivos del FOMAG, el de garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de los docentes. Para tal efecto, parte de los recursos de dicho fondo está constituido por “El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados” (numeral 5 del artículo 8, ibídem).

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁷, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-369-04, previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de dicha ley, sería el establecido en las disposiciones vigentes con anterioridad. Del mismo modo consagró que los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, serían afiliados al FOMAG y tendrían los derechos pensionales del régimen pensional de

⁶ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

⁷ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

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 sería de 57 años para hombres y mujeres.

En los incisos tercero y cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 se precisó que los servicios de salud para los docentes afiliados al FOMAG serían prestados conforme a la Ley 91 de 1989, y que el valor de sus cotizaciones correspondería a la suma de aportes que para salud y pensiones establecieran las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo nº 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de 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”*.

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

Monto de los aportes en salud de los pensionados afiliados al FOMAG

Al respecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 estableció que *“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”*.

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso: *“La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se*

incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)”.

Y finalmente, por virtud del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, se adicionó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 para establecer que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Tratándose de afiliados al FOMAG, se recuerda que el porcentaje de la cotización fue fijado por la Ley 91 de 1989 en 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establecieron las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consonancia con lo anterior, las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al FOMAG equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar en el Sistema General de Seguridad Social, según quedó expuesto anteriormente.

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al FOMAG, por concepto de salud, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 10 de mayo de 2018⁸, precisó:

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

(...)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Sentencia del 10 de mayo de 2018. Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14).

Del análisis de la normatividad referida, se evidencia que el legislador, se (sic) 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)

5. En relación con el porcentaje de la cotización para salud del trabajador, la legislación ha variado el porcentaje del 5% al 12.5%

(...)

6.2. (sic) Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003⁹, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

(...)

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

“22. Ahora bien, bajo el entendido que los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993, corresponde al

⁹ Cita de cita: Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"El (sic) Congreso de Colombia

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

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

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

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

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

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la

pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

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

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

26. De lo expuesto se puede concluir que todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ..."¹⁰ (Negrilla es del texto).

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al FOMAG, no obstante ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 91 de

¹⁰ Cita de cita: Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 21 de julio de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Énfasis fuera de texto.

1989, están obligados a hacer los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el porcentaje dispuesto en la Ley 812 de 2003.

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

Tal como se indicó anteriormente, el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 estableció que parte de los recursos del FOMAG estaría constituido por *“El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados”*.

Así pues, los descuentos sobre mesadas adicionales para el caso de los docentes pensionados se hallan previstos en dicha normativa, 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 FOMAG– sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión que del régimen de cotizaciones de la Ley 100 de 1993 hizo la Ley 812 de 2003, 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 de 1989, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

En providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado sostuvo lo siguiente en relación con la solicitud de devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al FOMAG:

(...) 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

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC).

haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

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

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

En ese orden de ideas, aun cuando los descuentos por concepto de salud 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 erige todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico, en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo.

Examen del caso concreto

Los argumentos esbozados por la parte demandante en su recurso de apelación se contraen a indicar que a ésta le aplica la preceptiva contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que señala que quienes figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional que habían venido gozando en cada entidad territorial, conforme a las normas vigentes y, por ende, se debe dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que no previeron los descuentos de las mesadas adicionales.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora es beneficiaria de los mencionados decretos en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que en materia pensional y según la fecha de vinculación, los docentes afiliados al FOMAG se rigen por la Ley 812 de 2003 o la Ley 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse con sustento en las premisas de la providencia citada *in extenso* en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte recurrente, el caso que allí se

plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere a un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que fueron materia de estudio por el órgano de cierre de esta Jurisdicción.

En este sentido, se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al FOMAG sobre las mesadas ordinarias y adicionales de los meses de junio y diciembre, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con las modificaciones anteriormente señaladas.

Finalmente, respecto del argumento expuesto en el recurso de apelación consistente en la prescripción de sumas mal descontadas en el año 2009, este Tribunal se abstendrá de realizar pronunciamiento alguno, en tanto se advierte que dicha pretensión no fue motivo de reclamación en sede administrativa.

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 la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda hubiere sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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 quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del

Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz de Mercedes Muñoz Pérez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. CONDÉNASE en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, por lo brevemente expuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

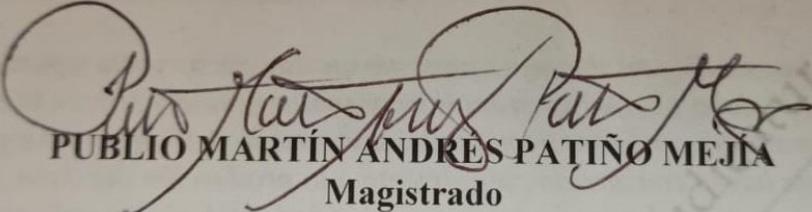
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

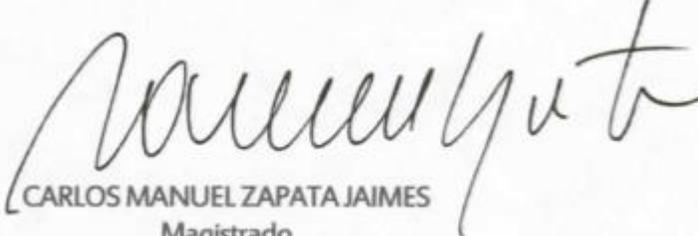
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. **041**
FECHA: **9 de marzo de 2021**

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

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-33-33-004-2018-00015-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, cinco (05) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

S. 019

La Sala 4ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora **MARÍA ALEIDA PATIÑO DE RENDÓN**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Se declare la nulidad de la Resolución N° 5874-6 de 4 de agosto de 2017, con la cual la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional - prima de mitad de año, por ser pensionada del FNPSM.
- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

CAUSA PETENDI

- Refirió que la demandante prestó sus servicios como docente nacional, adscrita a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, nombrada mediante Decreto N° 048-E de 23 de mayo de 1992, tomando posesión del cargo el día 6 de junio del mismo año.
- Por cumplir con los requisitos de ley, a la demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución N° 6030 de 9 de diciembre de 2009, a partir del 24 de enero de 2008.
- La demandante es beneficiaria de la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989, por haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980, y por no ser acreedora de la pensión gracia

establecida en la Ley 114 de 1993. No obstante, desde el reconocimiento de la pensión de jubilación no le ha sido pagada la prima de mitad de año.

- Con petición radicada el 30 de junio de 2017, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a las entidades demandadas, el cual fue negado a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocan como vulnerados:

- Artículo 13 de la Constitución.
- Literales (a) y (b), numeral 2º, artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Como concepto de la violación se expresa, en suma:

- ✓ La prima de mitad de año fue creada por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.
- ✓ De conformidad con el literal (b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, aquellos docentes que no fueron acreedores de la pensión gracia, cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año, distinta a la mesada adicional prevista por el régimen de la Ley 100 de 1993.

- ✓ El Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió la mesada adicional prevista en la Ley de 1993, más no aquella consagrada en la Ley 91 de 1989.

CONTESTACIÓN DEL LIBELO DEMANDADOR

La NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-, con escrito obrante de folio 40 a 53 del cuaderno principal, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demandante, y propuso los medios exceptivos que denominó: **‘FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO -LITISCONSORCIO NECESARIO-’** **‘VINCULACIÓN DEL LITISCONSORTE’**, en consideración a que en el presente asunto debe comparecer la secretaría de educación departamental y la Fiduprevisora S.A, como administradora del recurso del fondo; **‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL’**, en virtud de que la entidad no presta servicio educativo, no administra plantas de personal, y por tanto no es empleador de los docentes del Magisterio; **‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO’**, en atención a la falta de competencia del Ministerio de Educación para reconocer el derecho reclamado; **‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’**, puesto que no le asiste derecho al demandante a reclamar “la referida prima de servicios (sic)”; **‘PRESCRIPCIÓN’**, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968; **‘BUENA FE’**, asegurando que todas las actuaciones surtidas por la entidad se han enmarcado en los preceptos legales que regulan la materia; y **‘LA GENÉRICA’**.

Por su parte el **DEPARTAMENTO CALDAS**, con escrito obrante de folio 46 a 48 del cuaderno principal, se opuso a las pretensiones formuladas por la demandante y formuló los siguientes medios exceptivos: **'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA'**, en consideración a que la secretaría de educación departamental únicamente recibe y radica las solicitudes, de acuerdo con los requisitos establecidos por la Fiduprevisora S.A, como administradora de los recursos del fondo; **'INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS ALEGADAS POR LA PARTE DEMANDANTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO'**, por considerar que se pretende la aplicación de normas que no se encuentran vigentes, y se desconocen los recientes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto; **'BUENA FE'** asegurando que el actuar de la entidad se ha enmarcado dentro del ámbito de competencias establecidas por la ley; y **'PRESCRIPCIÓN'**, de conformidad con lo previsto en artículo 102 de Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 3º Administrativo de Manizales, el 26 de febrero de 2019 dictó sentencia negando las pretensiones de la demanda en los términos que pasan a compendiarse /fls. 78 a 84 C.1/.

En primer lugar estableció que el problema jurídico se circunscribía a determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año prevista en la numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en atención a la pensión de jubilación de la cual es beneficiaria.

A continuación se remitió al artículo 142 de la Ley 100 de 1993, al Acto Legislativo 01 de 2005 y al pronunciamiento realizado por la Sala de Consulta de Servicio Civil del H. Consejo de Estado de 22 de noviembre de 2007, para concluir que el Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió el derecho de la mesada de mitad de año, tanto para el régimen general como para los regímenes especiales como una medida para garantizar la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, al abordar el caso concreto, explicó que la demandante adquirió el derecho pensional con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y que la cuantía de la pensión supera el monto de 3 salarios mínimos, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de mitad de año.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial visible de folios 87 a 93 del cuaderno 1, el apoderado de la demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia. Aseguró, que por el contrario, la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 buscaba compensar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 71 de 1988.

Prosiguió refiriéndose a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, y concluyó que si bien la Ley 238 de 1995 hizo extensiva la mesada adicional del sistema general en pensiones a los grupos de docentes de los regímenes exceptuados, ello no significó que su hubiera modificado su régimen especial, y por ello, considera, debe darse estricta aplicación a lo allí dispuesto en la Ley 91 de 1989, máxime cuando se encuentra plenamente vigente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora, por modo principal, la nulidad del acto administrativo con el cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS negó a la demandante el reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año, y en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los planteamientos esbozados por la entidad apelante, el problema jurídico a desatar se contrae a siguiente cuestionamiento:

- *¿Cumple la demandante con los presupuestos legales para acceder al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año?*

(I)
**MARCO JURÍDICO DE LA
MESADA ADICIONAL**

La Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado, que se vinculara con posterioridad al 1° de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“

(...)

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

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (~~...~~), tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

(~~...~~)

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”

Más adelante, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “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”.

Posteriormente la Ley 238 de 1995 adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.

(...)

“En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”.

(...)

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...)

"Parágrafo 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo [81](#) de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo [81](#) de la Ley 812 de 2003".

(...)

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007 concluyó:

“

(...) 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 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

(...)

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.

(...)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el párrafo transitorio 6°, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005;
- Cuando la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011.

(III)
EL CASO CONCRETO

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución N° 6030 de 9 de diciembre de 2009, a la señora MARÍA ALEIDA PATIÑO DE RENDÓN le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$1'058.886, a partir del 24 de enero de 2008;
- La Resolución N° 5874-6 de 4 de agosto de 2017 negó el reconocimiento de la prima de mitad de año a la demandante, por no cumplir con los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que la demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la demandante, en razón a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Colofón de lo expuesto, esta Sala Plural considera que la accionante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Con fundamento en el canon 188 de la Ley 1437/11 y el artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas a cargo de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme lo determina el estatuto adjetivo citado. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora **MARÍA ALEIDA PATIÑO DE RENDÓN**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la **parte actora** con fundamento en el artículo 365 numeral 3 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 009 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 041 de fecha 9 de Marzo de 2021.

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

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-33-33-004-2018-00186-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, cinco (05) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

S. 018

La Sala 4ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora **LUZ AMPARO CRUZ CASTRILLÓN**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Se declare la nulidad de la Resolución N° 0877-6 de 16 de enero de 2018, con la cual la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional - prima de mitad de año, por ser pensionada del FNPSM.
- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

CAUSA PETENDI

- Refirió que la demandante prestó sus servicios como docente nacionalizada, adscrita a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, nombrada mediante Decreto N° 0240 de 24 de marzo de 1983, tomando posesión del cargo el día 11 de abril del mismo año.
- Por cumplir con los requisitos de ley, a la demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución N° 6082 de 16 de septiembre de 2014, a partir del 16 de julio del mismo año.
- La demandante es beneficiaria de la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989, por haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980, y por no ser acreedora de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1993. No obstante, desde el reconocimiento

de la pensión de jubilación no le ha sido pagada la prima de mitad de año.

- Con petición radicada el 16 de enero de 2018, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a las entidades demandadas, el cual fue negado a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocan como vulnerados: Artículo 13 de la Constitución; Literales (a) y (b), numeral 2º, artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Como concepto de la violación se expresa, en suma:

- ✓ La prima de mitad de año fue creada por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.
- ✓ De conformidad con el literal (b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, aquellos docentes que no fueron acreedores de la pensión gracia, cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año, distinta a la mesada adicional prevista por el régimen de la Ley 100 de 1993.
- ✓ El Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió la mesada adicional prevista en la Ley de 1993, más no aquella consagrada en la Ley 91 de 1989.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-**, con escrito obrante de folio 53 a 65 del cuaderno principal, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demandante, y propuso los medios exceptivos que denominó: **‘FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO -LITISCONSORCIO NECESARIO-’** **‘VINCULACIÓN DEL LITISCONSORTE’**, en consideración a que en el presente asunto debe comparecer la secretaría de educación departamental y la Fiduprevisora S.A, como administradora del recurso del fondo; **‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL’**, en virtud de que la entidad no presta servicio educativo, no administra plantas de personal, y por tanto no es empleador de los docentes del Magisterio; **‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO’**, en atención a la falta de competencia del Ministerio de Educación para reconocer el derecho reclamado; **‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’**, puesto que no le asiste derecho al demandante a reclamar “la referida prima de servicios (sic)”; **‘PRESCRIPCIÓN’**, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968; **‘BUENA FE’**, asegurando que todas las actuaciones surtidas por la entidad se han enmarcado en los preceptos legales que regulan la materia; y **‘LA GENÉRICA’**.

Por su parte el **DEPARTAMENTO CALDAS**, con escrito obrante de folio 46 a 48 del cuaderno principal, se opuso a las pretensiones formuladas por la demandante y formuló los siguientes medios exceptivos: **‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’**, en consideración a que la secretaría

de educación departamental únicamente recibe y radica las solicitudes, de acuerdo con los requisitos establecidos por la Fiduprevisora S.A, como administradora de los recursos del fondo; **‘INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS ALEGADAS POR LA PARTE DEMANDANTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO’**, por considerar que se pretende la aplicación de normas que no se encuentran vigentes, y se desconocen los recientes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto; **‘BUENA FE’** asegurando que el actuar de la entidad se ha enmarcado dentro del ámbito de competencias establecidas por la ley; y **‘PRESCRIPCIÓN’**, de conformidad con lo previsto en artículo 102 de Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa de Manizales, en desarrollo de la audiencia inicial llevada a cabo el 11 de junio de 2019, dictó sentencia negando las pretensiones de la demanda en los términos que pasan a compendiarse /fls. 94 a 105 C.1/.

En primer lugar estableció que el problema jurídico se circunscribía a determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año prevista en la numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en atención a la pensión de jubilación de la cual es beneficiaria.

A continuación se remitió a los artículos 142 de la Ley 100 de 1993 y 15 de la Ley 91 de 1989, al Acto Legislativo 01 de 2005 y pronunciamientos realizados por la Sala de Consulta de Servicio Civil del H. Consejo de Estado para concluir que el Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió el derecho de la mesada de mitad

de año, tanto para el régimen general como para los regímenes especiales como una medida para garantizar la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, al abordar el caso concreto, explicó que la demandante es beneficiaria de una pensión de jubilación que fue reconocida con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de mitad de año.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial visible de folios 130 a 137 del cuaderno 1, el apoderado de la demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia. Aseguró, que por el contrario, la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 buscaba compensar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 71 de 1988.

Prosiguió refiriéndose a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, y concluyó que si bien la Ley 238 de 1995 hizo extensiva la mesada adicional del sistema general en pensiones a los grupos de docentes de los regímenes exceptuados, ello no significó que su hubiera modificado su régimen especial, y por ello, considera, debe darse estricta

aplicación a lo allí dispuesto en la Ley 91 de 1989, máxime cuando se encuentra plenamente vigente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora, por modo principal, la nulidad del acto administrativo con el cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS negó a la demandante el reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año, y en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los planteamientos esbozados por la entidad apelante, el problema jurídico a desatar se contrae a siguiente cuestionamiento:

- *¿Cumple la demandante con los presupuestos legales para acceder al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año?*

(I)

MARCO JURÍDICO DE LA MESADA ADICIONAL

La Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado, que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“(…)

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

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~(...)~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con

la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

(...)

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”

Más adelante, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “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”.

Posteriormente la Ley 238 de 1995 adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con

posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...)

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

(...)

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...)

"Parágrafo 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios

mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo [81](#) de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo [81](#) de la Ley 812 de 2003".

(...)

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa

antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007 concluyó:

“

(...) 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.

(...)

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.

(...)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el párrafo transitorio 6°, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005;
- Cuando la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011.

(III)

EL CASO CONCRETO

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución N° 6082-6 de 16 de septiembre de 2014, a la señora LUZ AMPARO CRUZ CASTRILLÓN le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$2`260.544, a partir del 16 de julio de 2014;
- La Resolución 0877-6 de 22 de enero de 2018 negó el reconocimiento de la prima de mitad de año a la demandante, por no cumplir con los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- La demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

- La cuantía de la pensión reconocida a supera el límite máximo de 3 SMMLV, así

CUANTÍA	SMMLV FECHA DE ESTATUS PENSIÓN	MONTO MÁXIMO
\$2`260.544	(2014) \$616.000	\$1'848.000

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la demandante, en razón, no sólo a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, sino que a ello se suma que el monto de la pensión de jubilación que le fue reconocida supera el monto equivalente a 3 SMMLV.

Colofón de lo expuesto, esta Sala Plural considera que la accionante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Con fundamento en el canon 188 de la Ley 1437/11 y el artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas a cargo de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme lo determina el estatuto adjetivo citado. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora **LUZ AMPARO CRUZ CASTRILLÓN**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la **parte actora** con fundamento en el artículo 365 numeral 3 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

ACÉPTASE la renuncia del poder conferido por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** a la Dra. **LILIANA MARÍA OSSA MALDONADO**, para continuar actuando como apoderada judicial en el proceso de la referencia, advirtiéndole que la misma no pone término al mandato sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia y mediante comunicación enviada a la entidad poderdante.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha,
según consta en Acta N° 009 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 041 de fecha 9 de Marzo de 2021.

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

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 60

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-002-2018-00312-02
Demandante: Martha Eugenia Ramírez Castaño
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 9 del 5 de marzo de 2021

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Martha Eugenia Ramírez Castaño contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) –.

DEMANDA

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 5 de diciembre de 2018 (fls. 2 a 27, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 7759-6 del 11 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El accionante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 1860 del 2 de abril de 2012, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR14339 del 19 de septiembre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto de los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

³ En adelante IPC

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales, en contraprestación a los incrementos indebidamente aplicados conforme al IPC (artículo 14 de la Ley 100 de 1993).

En caso de determinarse que el Régimen General de Pensiones le resulte aplicable a la demandante, a título de pretensión subsidiaria se solicitó el cese de los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre, ordenando el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

5. Mediante la Resolución n° 7759-6 del 11 de octubre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 1° de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1° de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9° de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Consideró que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

Respecto de los aportes en salud cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 55 a 70, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, toda vez que lo hecho por la demandada se encuentra amparado por la presunción de legalidad contenida en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 y de la misma manera se encuentra ajustado a derecho.

Manifestó que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial sería el establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, misma que estipula que en dicho descuento deben estar incluidas las mesadas adicionales.

Concluyó que con la Ley 812 de 2003, se dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al

FOMAG, situación que conllevó que a los mismo se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de sus mesadas pensionales.

En efecto, manifestó que reajustar la pensión de jubilación en los términos solicitados por la parte actora equivaldría a desconocer la normatividad vigente relacionada con el tema, a la cual se ajusta el acto atacado.

Propuso las excepciones que denominó: ***“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORCIO NECESARIO”***, ***“VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE”*** e ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, alegando que la entidad no ostenta potestad nominadora ni administra el personal docente y administrativo de los planteles educativos y, por tanto, no expide actos de reconocimiento de prestaciones sociales, lo cual es función de las secretarías de educación de cada entidad territorial; ***“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”***, aduciendo que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por el docente; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”***, teniendo en cuenta 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, 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; ***“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO”***, en el entendimiento que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho; ***“PRESCRIPCIÓN”*** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; ***“COBRO DE LO NO DEBIDO”***, en tanto la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, y además los recursos son manejados por la sociedad de economía

mixta fiduciaria, por lo que cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria debe contar con la respectiva apropiación presupuestal; “*BUENA FE*” con la que ha actuado la demandada, siempre con estricto apego a la ley aplicable; y “*GENÉRICA*”, en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 95 a 106, C.1), a través de la cual i) negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda y ii) condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

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 – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en los artículos 288 de la Constitución Política.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento de la H. Corte Constitucional (C-435 de 2017), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 110 a 120 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se estudió en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Agregó que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 y no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993 sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según el salario mínimo.

Afirmó que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, resaltó que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante. Intervino en esta etapa procesal para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fl. 5 a 11 C.2).

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Se pronunció en escrito que obra de folio 13 a 15 del cuaderno 2.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 11 de julio de 2019, y allegado el 3 de septiembre de 2019 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 3 de septiembre de 2019 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 2, C.2), derecho del cual hizo uso la parte demandante (fls.5 a 11, C.2) y la Nación Ministerio de Educación Nacional (fl.13 a 15, ibidem). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 25 de octubre de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 22, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; **iv)** aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud; y **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 1860 del 12 de abril de 2012 (fl 36, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988. (fl. 28, C.1).
3. Con Resolución nº 7759-6 del 11 de octubre de 2017 (fl. 38, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

Como fundamento de la negativa se manifestó que la aplicación del IPC como fórmula de incremento periódico de las mesadas pensionales no entraña *per se* violación de derecho constitucional alguno, máxime cuando

la mesada ha sido reconocida en monto superior al salario mínimo, lo que significa que el IPC le permite mantener su poder adquisitivo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución 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, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 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 prestadoras de los servicios, como un servicio esencial prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

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

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

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4ª de 1976⁴ 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 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª 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, que precisó respecto del ajuste de las pensiones en el artículo 1, lo siguiente:

ARTICULO 1o. 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.*

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con 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.

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

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice (sic) 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, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

(...)

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

(...)

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

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

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%

1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice (sic) 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 éllo (sic) dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

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

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia

del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el 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, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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

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

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

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

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo

siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la **medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente**”⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

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

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

⁸ Cita de cita: *Ibídem*.

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁰ Cita de cita: *Ibídem*.

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.

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

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

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales

en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

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

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía

¹¹ "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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

Sobre los descuentos por los aportes de salud en la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

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

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

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

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decreto 3135 de 1968¹³, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión**".*

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁴, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "*...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados.*"

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

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

¹³ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹⁴ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁵, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

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

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

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

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

15

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

régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado". (Resalta la Sala)

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

"Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

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

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

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

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

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

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

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

*En conclusión **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando***

con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) Rft"

Respecto del monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto del porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹⁶, precisó:

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

(...)

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

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCION B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01 (0340-14)

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 Magisterios

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 17, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

(...)

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

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

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

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

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su

vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

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

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

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

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

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de

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

...

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

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

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el

régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁸, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

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

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

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

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

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que 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, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre deben

hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

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

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda hubiere sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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 treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Martha Eugenia Ramírez Castaño contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

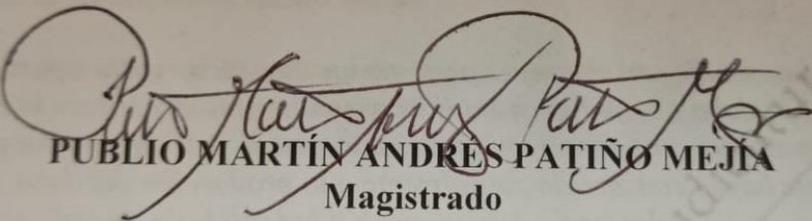
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

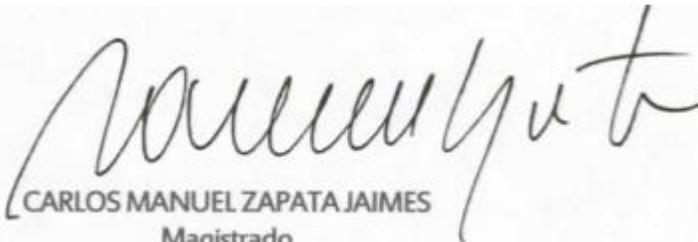
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 041
FECHA: 9 de marzo de 2021

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

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala Quinta de Decisión-**

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 61

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-002-2018-00364-02
Demandante: Martha Lucía Castillo Chica
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 9 del 5 de marzo de 2021

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Martha Lucía Castillo Chica contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²) –.

DEMANDA

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 6 de agosto de 2018 (fls. 3 a 31, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución nº 7859-6 del 13 de octubre de 2017, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar:
 - De acuerdo con la Ley 91 de 1989: la aplicación y devolución de los descuentos de aportes al sistema de salud, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.
 - Respecto de la Ley 71 de 1988: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.
 - Las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.
3. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

4. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El accionante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución n° 769 del 8 de agosto de 2005, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. El FOMAG por intermedio de la entidad fiduciaria encargada de su administración, ha venido descontando al accionante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.
3. En el acto administrativo de reconocimiento pensional se consagró expresamente que esta sería reajustada anualmente conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988, no obstante, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje certificado por el DANE para el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior.³
4. Mediante petición radicada bajo el SAC 2017PQR14905 del 28 de septiembre de 2017, se solicitó ante el FOMAG la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto de los descuentos de las mesadas pensionales realizados a título de aportes al sistema de salud, indicando que este debe corresponder al 5% del valor de cada mesada, exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

³ En adelante IPC

Igualmente se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales, en contraprestación a los incrementos indebidamente aplicados conforme al IPC (artículo 14 de la Ley 100 de 1993).

En caso de determinarse que el Régimen General de Pensiones le resulte aplicable a la demandante, a título de pretensión subsidiaria se solicitó el cese de los descuentos en salud realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre, ordenando el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

5. Mediante la Resolución n° 7859-6 del 13 de octubre de 2017, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, resolvió negativamente los deprecados reajustes pensionales, guardando silencio respecto a la pretensión subsidiaria.
6. Se acudió a la administración de justicia en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, con la finalidad de obtener el reajuste de las mesadas pensionales del demandante, conforme a los incrementos fijados por el gobierno para el salario mínimo legal en Colombia, e igualmente el descuento de los aportes en salud conforme al régimen exceptuado aplicable a los pensionados por el FOMAG en la Ley 91 de 1989.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 1° de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1° de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9° de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y párrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Consideró que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

Respecto de los aportes en salud cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

Sobre el incremento anual de la pensión indicó que no le es aplicable el aumento estipulado en el artículo 14 de la disposición precitada con base en el IPC, sino el incremento indicado en la Ley 71 de 1988 con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 62 a 76, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, toda vez que lo hecho por la demandada se encuentra amparado por la presunción de legalidad contenida en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 y de la misma manera se encuentra ajustado a derecho.

Manifestó que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial sería el establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, misma que estipula que en dicho descuento deben estar incluidas las mesadas adicionales.

Concluyó que con la Ley 812 de 2003, se dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al

FOMAG, situación que conllevó que a los mismo se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de sus mesadas pensionales.

En efecto, manifestó que reajustar la pensión de jubilación en los términos solicitados por la parte actora equivaldría a desconocer la normatividad vigente relacionada con el tema, a la cual se ajusta el acto atacado.

Propuso las excepciones que denominó: ***“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORCIO NECESARIO”***, ***“VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE”*** e ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, alegando que la entidad no ostenta potestad nominadora ni administra el personal docente y administrativo de los planteles educativos y, por tanto, no expide actos de reconocimiento de prestaciones sociales, lo cual es función de las secretarías de educación de cada entidad territorial; ***“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”***, aduciendo que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por el docente; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”***, teniendo en cuenta 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, 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; ***“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO”***, en el entendimiento que la demanda se presentó transcurridos los cuatros meses desde la expedición del acto administrativo que denegó el derecho; ***“PRESCRIPCIÓN”*** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; ***“COBRO DE LO NO DEBIDO”***, en tanto la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, y además los recursos son manejados por la sociedad de economía

mixta fiduciaria, por lo que cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria debe contar con la respectiva apropiación presupuestal; “*BUENA FE*” con la que ha actuado la demandada, siempre con estricto apego a la ley aplicable; y “*GENÉRICA*”, en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 96 a 114, C.1), a través de la cual i) negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda y ii) condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

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 – FOMAG, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha sido dispuesto por el Legislador en armonía con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en los artículos 288 de la Constitución Política.

Hizo referencia al incremento anual de las pensiones previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual se aplica la variación del IPC.

Indicó que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social contenidos en dicha ley.

Precisó que el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de precisar que las excepciones en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social no implicarían negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 para aquellos pensionados.

Manifestó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 derogó expresamente el aumento anual de la pensión que establecía la Ley 71 de 1989.

Trajo a colación pronunciamiento de la H. Corte Constitucional (C-435 de 2017), en el cual explicó las razones por las cuales no es aplicable el incremento previsto en la Ley 71 de 1988 para efectos de determinar el porcentaje de incremento de las pensiones de jubilación.

En ese entendimiento, sostuvo que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para el aumento anual de su pensión de jubilación.

Finalmente precisó que con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se vulnera el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la citada norma es clara en establecer que el incremento pensional es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados de la Ley 100.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 116 a 126 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponden a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

Expuso que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se estudió en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Agregó que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

Indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 y no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993 sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, según el salario mínimo.

Afirmó que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, resaltó que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante. Intervino en esta etapa procesal para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fl. 5 a 11 C.2).

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 12 de julio de 2019, y allegado el 3 de septiembre de 2019 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 3 de septiembre de 2019 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos (fl. 2, C.2), derecho del cual únicamente hizo uso la parte demandante (fls.5 a 11, C.2). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 25 de octubre de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 22, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** Sistema General de Seguridad Social; **iii)** ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; **iv)** aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud; y **v)** descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución n° 729 del 8 de agosto de 2005 (fl 40, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante.

El FOMAG ha descontado al accionante el equivalente al 12% de la mesada pensional como aportes dirigidos a la prestación del servicio de salud.

2. La parte actora radicó ante la entidad accionada una petición relacionada a los descuentos de las mesadas pensionales a título de aportes de salud, refiriendo que dichos aportes corresponden a un 5% y no a un 12%, exigiendo la devolución de los valores pagados en exceso, de igual manera se solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fl. 32, C.1).
3. Con Resolución n° 7859-6 del 13 de octubre de 2017 (fl. 42, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y devolución de los aportes al servicio de salud.

Como fundamento de la negativa se manifestó que la aplicación del IPC como fórmula de incremento periódico de las mesadas pensionales no entraña *per se* violación de derecho constitucional alguno, máxime cuando

la mesada ha sido reconocida en monto superior al salario mínimo, lo que significa que el IPC le permite mantener su poder adquisitivo.

Sistema General de Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución 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, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados; y precisa que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

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

El Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 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 prestadoras de los servicios, como un servicio esencial prestado bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

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

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

Ajuste de pensiones en el Sistema General de Seguridad Social para los afiliados al sector público y Régimen General de Pensiones

El artículo 1 de la Ley 4ª de 1976⁴ 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 1988⁵ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4ª 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, que precisó respecto del ajuste de las pensiones en el artículo 1, lo siguiente:

ARTICULO 1o. 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.*

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4ª de 1976 y la Ley 71 de 1988 con 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.

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

***ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES.** Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice (sic) 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, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

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

(...)

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

(...)

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

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

<i>año</i>	<i>inflación</i>	<i>salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%

1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice (sic) 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 éllo (sic) dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

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

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

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Consejo de Estado, en providencia

del 17 de agosto del 2017⁶, al pronunciarse dentro de la acción pública de nulidad contra el 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, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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

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

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

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

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar el artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, proferida en el marco de la acción pública de constitucionalidad en la que se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y en la que precisó lo

siguiente en relación con el reajuste de pensiones según la variación porcentual del IPC:

*Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la **garantía de la seguridad social**” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del **poder adquisitivo constante de las pensiones**, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método **más favorable al pensionado**”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la **medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente**”⁷, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

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

⁷ Cita de cita: Folio 19 (negrillas en el texto original).

son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”⁸.

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”⁹.

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”¹⁰.

(...)

⁸ Cita de cita: *Ibidem*.

⁹ Cita de cita: Sentencia C-387 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁰ Cita de cita: *Ibidem*.

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.

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

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

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales

en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹¹, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición, o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

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

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del régimen pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹². Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

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

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía

¹¹ "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993".

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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

Sobre los descuentos por los aportes de salud en la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

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

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

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

Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud

La Ley 4 de 1966, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decreto 3135 de 1968¹³, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión**".*

Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁴, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "*...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados.*"

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

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

¹³ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹⁴ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁵, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

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

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

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

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

15

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

régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado". (Resalta la Sala)

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

"Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

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

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

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

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

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

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

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

*En conclusión **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando***

con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) Rft"

Respecto del monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto del porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹⁶, precisó:

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

(...)

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

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCION B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01 (0340-14)

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 Magisterios

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 17, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

(...)

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

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

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

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

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su

vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

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

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

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

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

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de

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

...

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

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

Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el

régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁸, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

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

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

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

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

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

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

Conclusión

Considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que 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, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se tiene que los descuentos por concepto de salud aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre deben

hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

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

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda hubiere sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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 treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Martha Lucía Castillo Chica contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

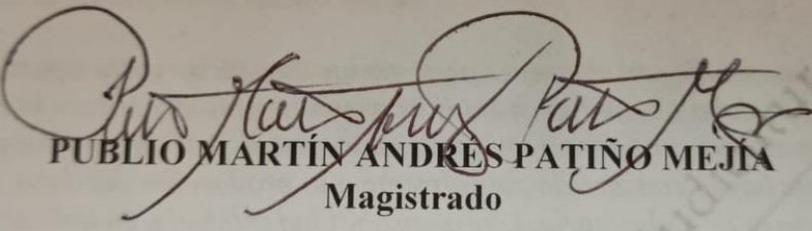
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

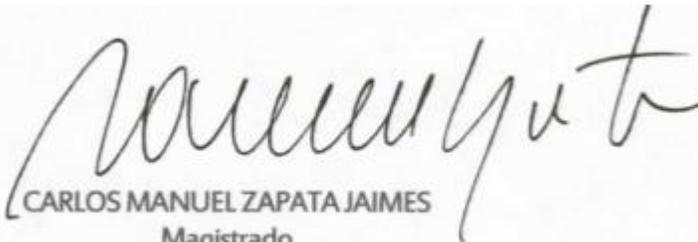
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. **041**
FECHA: **9 de marzo de 2021**

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

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-33-33-002-2018-00558-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, ocho (08) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 065

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 3º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **LUZ MILA GARCÍA DE VALENCIA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, habrá de admitirse el recurso de segundo grado, y con este mismo auto se dará traslado para ALEGACIONES y concepto del Ministerio Público conforme al artículo 247 inc. 4º ibídem.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 3º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **LUZ MILA**

¹ Ley 1437 de 2011.

GARCÍA DE VALENCIA contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**
y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

EJECUTORIADA esta providencia, comenzará a correr **inmediatamente** para
las partes el término de diez (10) días para que presenten sus **ALEGATOS DE
CONCLUSIÓN**; vencido este lapso, el Ministerio Público podrá presentar su
concepto de mérito dentro de los diez (10) días siguientes.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 041 de fecha 9 de Marzo de 2021.

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

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-33-33-004-2019-00201-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, cinco (05) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

S. 020

La Sala 4ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora JULIALBA CASTRO MORALES, dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM- y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Se declare la nulidad de la Resolución N° 8497-6 de 16 de octubre de 2018, con la cual la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional - prima de mitad de año, por ser pensionada del FNPSM y no ser beneficiaria de la pensión gracia.
- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

CAUSA PETENDI

- Refirió que la demandante prestó sus servicios como docente nacional, adscrita a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, nombrada mediante Decreto N° 023 de 26 de mayo de 1992, tomando posesión del cargo el día 28 del mismo mes y año.
- Por cumplir con los requisitos de ley, a la demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución N° 6837-6 de 6 de noviembre de 2013, a partir del 28 de mayo de 2012.
- La demandante es beneficiaria de la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989, por haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980, y por no ser acreedora de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1993. No obstante, desde el reconocimiento

de la pensión de jubilación no le ha sido pagada la prima de mitad de año.

- Con petición radicada el 1º de octubre de 2018, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a las entidades demandadas, el cual fue negado a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocan como vulnerados:

- Artículo 13 de la Constitución.
- Literales (a) y (b), numeral 2º, artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Como concepto de la violación se expresa, en suma:

- ✓ La prima de mitad de año fue creada por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.
- ✓ De conformidad con el literal (b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, aquellos docentes que no fueron acreedores de la pensión gracia, cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año, distinta a la mesada adicional prevista por el régimen de la Ley 100 de 1993.

- ✓ El Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió la mesada adicional prevista en la Ley de 1993, más no aquella consagrada en la Ley 91 de 1989.

CONTESTACIÓN DEL LIBELO DEMANDADOR

Según constancia obrante a folio 51 del cuaderno principal, el **DEPARTAMENTO CALDAS** presentó escrito de contestación de manera extemporánea, al paso que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-**, no realizó pronunciamiento alguno.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa de Manizales, en desarrollo de la audiencia inicial llevada a cabo el 29 de noviembre de 2019, dictó sentencia negando las pretensiones de la demanda en los términos que pasan a compendiarse /fls. 58 a 65 C.1/.

En primer lugar estableció que el problema jurídico se circunscribía a determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año prevista en la numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en atención a la pensión de jubilación de la cual es beneficiaria.

A continuación se remitió a los artículos 142 de la Ley 100 de 1993 y 15 de la Ley 91 de 1989, al Acto Legislativo 01 de 2005 y pronunciamientos realizados por la Sala de Consulta de Servicio Civil del H. Consejo de Estado para concluir que el Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió el derecho de la mesada de mitad

de año, tanto para el régimen general como para los regímenes especiales como una medida para garantizar la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, al abordar el caso concreto, explicó que la demandante es beneficiaria de una pensión de jubilación que supera el monto de 3 salarios mínimos, la cual fue reconocida con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de mitad de año.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial visible de folios 73 a 80 del cuaderno 1, el apoderado de la demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia. Aseguró, que por el contrario, la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 buscaba compensar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 71 de 1988.

Prosiguió refiriéndose a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, y concluyó que si bien la Ley 238 de 1995 hizo extensiva la mesada adicional del sistema general en pensiones a los grupos de docentes de los regímenes exceptuados, ello no significó que su hubiera modificado su régimen especial, y por ello, considera, debe darse estricta

aplicación a lo allí dispuesto en la Ley 91 de 1989, máxime cuando se encuentra plenamente vigente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora, por modo principal, la nulidad del acto administrativo con el cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS negó a la demandante el reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año, y en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los planteamientos esbozados por la entidad apelante, el problema jurídico a desatar se contrae a siguiente cuestionamiento:

- *¿Cumple la demandante con los presupuestos legales para acceder al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año?*

(I) MARCO JURÍDICO DE LA MESADA ADICIONAL

La Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado, que se vinculara con

posterioridad al 1° de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“

(...)

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

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (~~---~~), tendrán derecho al

reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

(...)

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”

Más adelante, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “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”.

Posteriormente la Ley 238 de 1995 adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda

pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...)

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

(...)

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...)

"Parágrafo 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo [81](#) de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo [81](#) de la Ley 812 de 2003".

(...)

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa

antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007 concluyó:

“

(...) 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.

(...)

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.

(...)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el parágrafo transitorio 6°, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005;
- Cuando la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011.

(III)

EL CASO CONCRETO

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución N° 6837-6 de 6 de noviembre de 2013, a la señora JULIALBA CASTRO MORALES le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$2'085.593, a partir del 28 de mayo 2012;
- La Resolución 8497-6 de 16 de octubre de 2018 negó el reconocimiento de la prima de mitad de año a la demandante, por no cumplir con los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- La demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

- La cuantía de la pensión reconocida a supera el límite máximo de 3 SMMLV, así

CUANTÍA	SMMLV FECHA DE ESTATUS PENSIÓN	MONTO MÁXIMO
\$2'085.593	(2012) \$566.700	\$1'700.100

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la demandante, en razón, no sólo a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, sino que a ello se suma que el monto de la pensión de jubilación que le fue reconocida supera el monto equivalente a 3 SMMLV.

Colofón de lo expuesto, esta Sala Plural considera que la accionante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Con fundamento en el canon 188 de la Ley 1437/11 y el artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas a cargo de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme lo determina el estatuto adjetivo citado.

Como AGENCIAS EN DERECHO se fija la suma de ciento cincuenta y un mil ochocientos veintisiete pesos (\$151.827), correspondiente al 2% de las

pretensiones negadas en el *sub lite* de acuerdo con el artículo 3.1.3. del Acuerdo 1887 del 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora **JULIALBA CASTRO MORALES**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la **parte actora** con fundamento en el artículo 365 numeral 3 del C.G.P.

Como **AGENCIAS EN DERECHO** se fija la suma de ciento cincuenta y un mil ochocientos veintisiete pesos (\$151.827), correspondiente al 2% de las pretensiones negadas en el *sub lite* de acuerdo con el artículo 3.1.3. del Acuerdo 1887 del 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 009 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



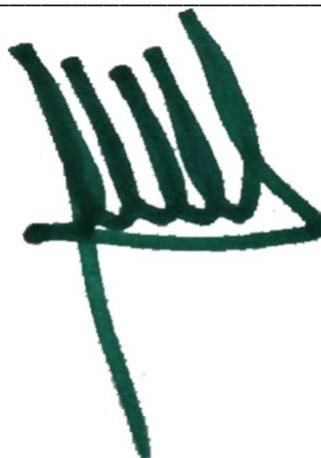
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 041 de fecha 9 de Marzo de 2021.

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

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-23-33-000-2020-00275-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, ocho (08) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 064

Por reunir los requisitos legales, **ADMÍTESE** la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovida por la señora **KARLA MONTEALEGRE FLÓREZ** contra el **E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

En consecuencia, para su tramitación se dispone (artículo 171 del C/CA):

1. **NOTIFÍQUESE** personalmente este auto a los representantes legales de las entidades demandadas, conforme lo dispone el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.
2. **NOTIFÍQUESE** este proveído por estado a la parte actora, atendiendo lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el inciso tercero del artículo 201 del C/CA.
3. **NOTIFÍQUESE** este proveído al **Ministerio Público** y a la **Agencia de Defensa Jurídica del Estado** (artículos 171 numeral 2 y 199 inciso final, del C/CA, modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021).
4. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021, al mensaje de datos se anexará el archivo virtual de la demanda, la corrección y sus anexos. El término de 30 días previsto en el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 comenzará a correr 2 días después del envío del mensaje de datos de notificación, al tenor de lo dispuesto en los artículos 48 y 52 de la referida Ley 2080.

5. **PREVÉNGASE** a la entidad demandada para que según el Parágrafo 1 del artículo 175 de la Ley 1437/11 y dentro del término de traslado de la demanda, allegue el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del mismo precepto, en dicho lapso deberá allegar todas las pruebas que se encuentren en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso.

6. **ADVIÉRTASE** a la accionada que al momento de contestar la demanda deberá efectuar un pronunciamiento expreso y puntual sobre cada uno de los hechos y las pretensiones del libelo demandador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 175 num. 2 de la Ley 1437/11.

RECONÓCESE personería al abogado JONATAN DANIEL MARÍN SIERRA, identificado con la C.C. N° 16'079.409 y la T.P. N° 337.036, como apoderado de la parte actora, en los términos del poder a él conferido /págs. 4 y 5, archivo digital '06subsanaciónKARLAMONTEALEGRE'.

SE PREVIENE a las partes y demás intervinientes en el proceso, para que al tenor de lo establecido en el artículo 3 inciso 1° del Decreto 806 de 2020, aporten todos sus memoriales a través de mensaje de datos, que deberá ser enviado al correo electrónico "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" único medio oficial para la recepción de documentos. **Por ende, cualquier mensaje enviado a otra dirección, no será tenido en cuenta.**

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. 041 de fecha 9 de Marzo de 2021.

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

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-33-33-001-2020-00284-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, cinco (05) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 066

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede esta Sala Plural a decidir el impedimento manifestado por el señor Juez 1º Administrativo de Manizales para continuar conociendo de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por la señora **INÉS ELVIRA JARAMILLO HOYOS** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo obrante en 12 folios, la parte actora impetra, entre otras pretensiones, se declare la nulidad de la Resolución DESAJMAR 20-110 de 27 de febrero de 2020, y del acto ficto originado con la interposición del recurso de apelación contra el acto primigenio, por medio de los cuales se le negó el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial consagrada en los Decretos 383 y 384 de 2013; a título de restablecimiento del derecho solicita, se condene a la entidad accionada a reconocer como factor salarial el emolumento denominado “*bonificación judicial*”, y se reliquiden y paguen la totalidad de las prestaciones sociales teniendo en cuenta la mentada bonificación.

El señor Juez 1º Administrativo de Manizales, doctor Carlos Mario Arango Hoyos, manifestó su impedimento para conocer del libelo demandador con fundamento en la causal 1ª del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del C/CA, pues, en su sentir, tiene interés indirecto en los resultados del proceso, toda vez que percibe la bonificación judicial que persigue el demandante, causal que estima cobija también a los demás jueces administrativos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivo de recusación:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso”.

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional, se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, **una bonificación judicial**, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253

Auditor de Guerra de Brigada, o de Base	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía			
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite, el señor Juez administrativo manifestó que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que le tiene el mismo derecho deprecado por la parte actora, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitima el óbice procesal manifestado por el funcionario y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, habrá de fijarse fecha de la audiencia pública para el sorteo del conjuer que habrá de asumir el conocimiento del proceso.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,

³ “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

RESUELVE

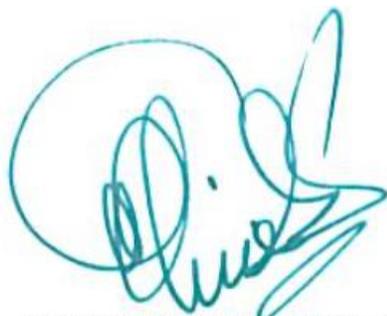
ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por el señor JUEZ 1º ADMINISTRATIVO DE MANIZALES, el que igualmente cobija a los demás Jueces Administrativos de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por la señora **INÉS ELVIRA JARAMILLO HOYOS** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día quince (15) de MARZO de 2021 a las 11:00 de la mañana.

COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 009 de 2021.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 041 de fecha 9 de Marzo de 2021.

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

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a long vertical stroke extending downwards from the center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-23-33-000-2016-00191-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	CARLOS ARTURO PÉREZ MEZA
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS Y LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Primera: Se declare la nulidad de la Resolución nro. 8224-6 del 8 de septiembre de 2015, por medio de la cual se desconocieron y negaron los intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de homologación y nivelación salarial, así como el ajuste de la indexación.

Segunda: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el actor tiene pleno derecho a que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional le reconozcan y ordenen pagar los intereses moratorios efectivos a partir del día siguiente a los 30 días posteriores a su causación, 09 de septiembre del 2000, y en adelante hasta el día en que se hizo efectivo el pago total del retroactivo, es decir, hasta el día 15 de abril de 2013.

Tercera: Se condene a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional a pagar al actor los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al 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 30 días, por tanto, una vez ocurrido dicho

vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.

Cuarta: Se ordene liquidar y pagar a expensas de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y a favor del actor, los intereses reclamados con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de indexación salarial se reconoció.

Quinta: Que se ordene revisar, ajustar y pagar a expensas de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y de la Nación – Ministerio de Educación y a favor del actor, la indexación con base a la última tabla de IPC ponderada emitida por la Superintendencia Financiera.

Sexta: Que se ordene a las demandadas dar cumplimiento del fallo conforme al inciso 2º del artículo 192 del CPACA, y se haga entrega de los dineros al apoderado.

Séptima: Se condene a las demandadas al pago de los intereses moratorios conforme al inciso 3 del artículo 192 del CPACA.

Octava: Se condene en costas a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.

Novena: Que se ordene expedir al apoderado primera copia que preste mérito ejecutivo, así como copia auténtica con constancia de ejecutoria.

Décima: Una vez que quede en firme el fallo que acceda a las pretensiones de la demanda solicita que al comunicar a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, se remita copia auténtica con la fecha exacta de la constancia de ejecutoria.

Pretensión subsidiaria: Pidió que en caso de encontrarse probado en el proceso que la indexación y los intereses moratorios son incompatibles, se ordene a las demandadas descontar de la deuda cancelada la indexación y en su lugar reconocer y pagar los intereses de mora.

HECHOS

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

- El señor Pérez Meza prestó sus servicios en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas como personal administrativo.
- En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 60 de 1993, el Ministerio de Educación Nacional mediante la Resolución nro. 3500 de 1996 certificó al Departamento de Caldas para la administración del servicio educativo.
- El Ministerio de Educación Nacional aprobó una homologación y nivelación salarial para los cargos administrativos pertenecientes a la planta de personal del Departamento de Caldas, por lo que mediante la Resolución nro. 1863-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada mediante la Resolución nro. 4562-6 del 4 de julio de 2013, modificada a su vez mediante la Resolución nro. 4170-6 del 20 de mayo de 2015, el Ministerio de Educación, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, canceló a favor de la señora Consuelo Márquez de Serna el pago de un retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, indicando en forma expresa que la fecha de constitución de la obligación era desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009.
- Mediante petición radicada el 12 de agosto de 2015 el actor solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del retroactivo por la homologación y nivelación salarial del personal administrativo, solicitud que fue resuelta de manera negativa a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se invocan los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 93, 123, 209 y 350 de la Constitución Política; numerales 1º y 2º del artículo 1608, y artículos 1617 y 1649 del Código Civil; artículo 177 del Decreto 01/84 y la sentencia C-367 de 1995.

En el concepto de la violación explicó cómo se desarrolló el proceso de homologación y nivelación salarial, e indicó que los estudios técnicos no previeron el pago de intereses moratorios a que se vieran avocados, y sobre este tema citó el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011 en relación con el saneamiento de deudas que resulten del reconocimiento del

costo del servicio educativo, incluidas las homologaciones de cargos administrativos del sector.

Consideró que se debió efectuar previamente la homologación de cargos y luego la incorporación, para así preservar los principios de igualdad y equidad laboral; y explicó que los intereses pretendidos se basan en que la homologación y nivelación salarial fue cancelada años después de haberse causado, y sin reconocimiento de este concepto.

Afirmó que con la negativa al reconocimiento de intereses se vulneran las normas constitucionales antes invocadas, principalmente el artículo 53 que contempla la no renunciabilidad a las prerrogativas laborales; a lo cual se suma el principio de favorabilidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN: sobre los hechos de la demanda que son ciertos los relativos al proceso de homologación y de reconocimiento a favor del causante, pero se opuso a las pretensiones de la demanda bajo la consideración de que las reclamaciones docentes están a cargo de la entidad territorial.

Explicó que los artículos 34 y 38 de la Ley 715 de 2001 establecieron el procedimiento a seguir para incorporar las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, el cual se debía llevar a cabo a más tardar al 21 de diciembre de 2003.

Destacó que la municipalización de la educación también se cumplió mediante un proceso de incorporación y homologación de cargos, que para el caso del personal administrativo generó costos derivados del estudio técnico que involucraba el grado de remuneración que correspondía a las funciones que debía cumplir, los requisitos exigidos para el cargo y los elementos estructurales del empleo, conforme a criterios de igualdad y equivalencia frente al personal que laboraba en las plantas de las entidades territoriales.

Añadió que a partir de los recursos asignados por el Acto Legislativo 01 para el sector educación y bajo las directrices y el acompañamiento del Ministerio de Educación se llevó a cabo el proceso de homologación de cargos y de nivelación salarial del personal administrativo. Igualmente se definió que la deuda por concepto de retroactividad en aquellos eventos en que la homologación y consecuente incorporación conllevara la nivelación de salarios, cuando no procede la incorporación horizontal, se asumiría con recursos del Sistema General de Participaciones previa disponibilidad presupuestal.

Adujo que ese ministerio carece de legitimación dentro del presente proceso porque no expidió el acto cuya nulidad se pretende; y luego de exponer nuevamente la manera cómo se llevó a cabo el proceso de homologación y nivelación manifestó que si bien el ministerio impartió instrucciones a las entidades territoriales para el efecto, su función no va más allá pues por virtud de la descentralización la responsabilidad radica en cabeza de la entidad territorial a la cual está vinculada el docente que reclamó el derecho.

En punto a los intereses peticionados explicó que dicho concepto busca sancionar y penalizar económicamente a quienes incurran en mora o incumplimiento de sus obligaciones como una forma de indemnizar los perjuicios. Y agregó que los reclamados en este caso son improcedentes porque no existió mora en el pago de las obligaciones laborales por parte del empleador sino una simple equiparación de cargos como consecuencia de una decisión administrativa con base en un procedimiento definido por la ley, y advirtió que en todo caso las sumas reconocidas fueron indexadas, lo cual resulta incompatible con el reconocimiento de intereses.

Formuló las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda, caducidad, prescripción y genérica.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: se opuso a las pretensiones de la demanda y no aceptó los hechos relevantes que sustentan la demanda.

En los argumentos de defensa hizo referencia a la manera cómo se llevó a cabo el proceso de certificación educativa por parte de la entidad territorial, lo que implicó, entre otras situaciones, la necesidad de incorporar a la planta de personal del Departamento de Caldas a los funcionarios de la educación pagados con recursos del situado fiscal, hoy, Sistema General de Participaciones, lo que ocasionó una desigualdad salarial para aquellos frente a los que estaban en la planta de personal del departamento. Añadió que en cumplimiento a las instrucciones en la materia dadas por el Ministerio de Educación se debía revisar que las funciones correspondieran al nivel jerárquico en el que se encontraba ubicado cada funcionario, respecto a los pares del departamento.

Explicó que el proceso de homologación se inició por los trabajadores desde el año de 1997; desde esa fecha en el estudio técnico realizado revisaron el salario más aproximado de cada funcionario homologado en la escala salarial de la administración central, según el nivel jerárquico, y los requisitos para el desempeño del cargo, y así recomendar el nivel,

cargo, grado y salario en el que se debía designar, respetando los derechos de carrera y la Ley 909 de 2004. Finalmente, el estudio técnico fue aprobado por el Ministerio de Educación y así como la revisión posterior efectuada en el año 2009.

Concluye que “lo que recibió la parte demandante fueron dineros dentro del proceso de homologación y nivelación salarial que al estar indexado no le da derecho a la parte accionante a reclamar ninguna sanción moratoria, en calidad de intereses, ya que se estaría pretendiendo (...) que el Departamento de Caldas incurra en doble sanción (...)”.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, frente a la cual adujo que fue el Ministerio de Educación el que asignó los recursos para el reconocimiento de la homologación salarial. Buena fe, por cuanto la entidad siempre ha obrado en forma correcta, pero la cancelación del dinero correspondía al Ministerio de Educación. Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, porque se pretende aplicar una doble sanción a la entidad que no posee la titularidad de la obligación, toda vez que los recursos fueron asignados por el Ministerio. Inaplicabilidad de los intereses moratorios, con base en que los dineros pagados por nivelación salarial fueron indexados al momento de su desembolso, y al ser la indexación una sanción, no puede pretender la parte actora una penalidad adicional por el mismo hecho. Y finalmente, prescripción, al tenor de lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3135 del mismo año.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: hace alusión a que se confunde el concepto de indexación con el de interés moratorio, y por ello en este caso es procedente el reconocimiento de los segundos, en tanto se presentó un retraso en la cancelación del retroactivo derivado del proceso de homologación y nivelación salarial.

Nación – Ministerio de Educación: manifestó que las pretensiones de la demanda carecen de sustento legal que las respalde, más cuando el Ministerio de Educación no es el titular de las obligaciones pretendidas por vía de restablecimiento del derecho, así como tampoco de las reclamaciones, las cuales se encuentran en cabeza del ente territorial.

Añadió que además no debe reconocerse por razones de justicia y equidad, como ha sucedido en otros fallos del Tribunal Administrativo de Caldas, una indexación, ya que las sumas retroactivas y la actualización monetaria fueron reconocidas de la manera correcta,

y además porque esto no fue peticionado en sede administrativa, lo que iría en contravía del principio de la decisión previa.

Departamento de Caldas: guardó silencio.

Ministerio Público: No allegó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

En la audiencia inicial se revolió la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de hecho, la cual se declaró no probada.

Las demás excepciones por tocar el fondo del asunto quedarán subsumidas en el estudio que de este se realice.

Problemas jurídicos

1. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de los intereses de mora sobre la liquidación del valor del retroactivo de la nivelación y homologación salarial?

Hechos Probados

- Mediante la Resolución nro. 2068-6 del 22 de marzo de 2013 se reconoció a favor del señor Pérez Meza la suma de \$24.891.441 por concepto de nivelación salarial, incluida una indexación de \$12.022.793 (Fol. 16 a 19 C.1).
- Mediante la Resolución nro. 4308-6 del 26 de junio de 2013, se aclaró la resolución anterior.
- Según constancia de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la homologación y nivelación salarial fue cancelada el 15 de abril de 2013 (Fol. 20 C.1).

- Mediante petición radicada el 12/08/15, el señor Pérez Meza solicitó el reconocimiento de los intereses moratorios por falta de pago oportuno de la homologación y nivelación salarial; solicitud que fue negada mediante Resolución 8224-6 del 8 de septiembre de 2015 (Fo.9 a 13,C.1).

Cuestión Preliminar:

Frente al proceso de homologación del personal administrativo al servicio de los establecimientos educativos- el cual se abordará más adelante *in extenso*- la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, mediante concepto nro. 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004¹, expuso:

1.- Las entidades territoriales, como consecuencia del proceso de descentralización del servicio educativo, previa la homologación de los cargos previstos en las plantas de personal nacional y departamentales en lo relacionado con la clasificación, funciones, requisitos, responsabilidades y remuneración, etc. de los empleos, incorporan en iguales o equivalentes condiciones el personal administrativo que reciban en virtud de la certificación.

2.- En virtud de lo dispuesto por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 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 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 lo 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.

Si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico, responderá con sus recursos propios.

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Atendiendo al concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, el Ministerio de Educación Nacional en la Directiva Ministerial número 10 del 30 de junio de 2005, señaló:

Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

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. 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." (Subraya el Despacho).

Así las cosas, el proceso de homologación y nivelación salarial adelantado en el Departamento de Caldas para el personal administrativo de los establecimientos educativos, se realizó de manera concertada entre la NACIÓN y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, razón por la cual quien estaría llamado a reconocer y pagar -en caso de proceder- los intereses de mora sobre la liquidación del retroactivo de nivelación salarial, aquí reclamados, sería La Nación representada por el Ministerio de Educación Nacional, pues en los términos tanto del Concepto del Consejo de Estado como de la Directiva Ministerial citados, se trataría del pago de un mayor valor pagado a título de reajuste o nivelación salarial, lo que implica declarar probada la excepción de 'Falta de legitimación en la causa por pasiva' propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y no fundada frente al Ministerio de Educación Nacional.

Síntesis del proceso de homologación y nivelación salarial

El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en un proceso aún más amplio: la descentralización del servicio educativo. Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las

intendencias y comisarías, por razón de esta ley, los gastos que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, pasaron a ser cuenta de la Nación.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993 comenzó a revertirse la nacionalización y se abrió paso la descentralización del servicio educativo, y conforme a su artículo 3º se determinó que corresponde a los departamentos en materia de educación, y en el artículo 15º sobre cómo se realizaba la asunción de competencias por los departamentos y distritos sobre la administración de las plantas de personal se preceptuó:

artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

A su turno la Ley 715 de 2001 dictó normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación.

De las anteriores disposiciones se observa todo un proceso legal a efectos de hacer efectiva la administración de la educación por parte de las entidades territoriales como producto de la descentralización de dicho servicio, que antes estaba en su totalidad a cargo de la Nación; naturalmente, dicho proceso implicó, entre otras circunstancias, que los cargos al servicio de la educación que estaban adscritos a la Nación debieron ser asumidos por las entidades territoriales, que a partir de dichas normas fueron responsables de la educación pública. Y asumidos o adoptados por los departamentos y municipios dichos cargos debían ajustarlos a las plantas propias (homologación de cargos), incluso salarial y prestacionalmente, lo que derivó en el reconocimiento económico de las diferencias que se presentaran en dichos aspectos (nivelación salarial).

Por su parte, y según se desprende del texto de los actos que reconocieron la nivelación salarial al señor Carlos Arturo Pérez Meza, el Departamento de Caldas a través del Decreto Departamental nro. 0399 del 20 de abril de 2007, atendiendo las directrices del Ministerio de Educación Nacional, homologó y niveló los cargos administrativos del personal

pertenciente a la planta de cargos del Departamento de Caldas pagada con recursos del Sistema General de Participaciones, el cual fue modificado por el Decreto Departamental nro. 0337 del 2 de diciembre de 2010, y expidió a través de su Secretaría de Hacienda el Certificado de Disponibilidad Presupuestal nro. 3500003137 del 07 de marzo de 2013 por valor de \$57.341.662.202 para el pago del mismo.

En efecto, el proceso de nivelación salarial tuvo su fundamento en la necesidad legal de incorporar el cargo del señor Pérez Meza, que era del orden nacional, a la planta de cargos del departamento, y dada la diferencia salarial y prestacional entre uno y otro que la afectaba. Por ello, se reconocieron los mayores valores resultantes de dicha homologación actualizados al momento del pago, sin que el mismo tuviera la connotación del pago tardío de una obligación.

Primer problema jurídico

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de los intereses de mora sobre la liquidación del valor del retroactivo de la nivelación y homologación salarial?

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que teniendo en cuenta la naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios, sin que exista norma expresa y concreta que imponga esta sanción por pago extemporáneo de la homologación salarial, el demandante no tiene derecho al pago de los mismos generados por pago tardío del retroactivo por homologación y nivelación salarial.

Naturaleza jurídica de los intereses moratorios

Es preciso diferenciar los conceptos de indexación y de interés moratorio.

Según la doctrina, la indexación es la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda. Se trata de una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se re-expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen en mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico².

² César Mauricio Ochoa Pérez, Tratado de los Dictámenes Periciales, Biblioteca Jurídica DIKE, pág. 723.

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado en providencia del 30 de mayo de 2013 con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González, radicado 2006-00986-01, precisó 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”*.

A su turno la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-862 de 2006, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, indicó respecto a la indexación:

La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo.

En síntesis, la indexación busca mantener actualizado el valor del dinero por el paso del tiempo.

En cuanto a los intereses moratorios, estos tienen un carácter indemnizatorio por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que dice:

Indemnización por mora en obligaciones de dinero. 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.

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Honorable Consejo de Estado ha decantado³:

En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendría como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa.

Sumado a ello, 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 periodo 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 mora⁴.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-01312(2506-2013).

⁴ Pág.738

Dicha postura fue retomada por la Subsección A - Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2017⁵, en el sentido de afirmar sobre la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios por el pago tardío de homologación o nivelación; sin embargo, no comparte la tesis del reconocimiento del interés legal del 6% anual, al no haberse pactado interés y acudir a la regla de Código Civil. En suma refirió:

(...) Ahora bien, la Subsección no comparte los argumentos del tribunal en el sentido de reconocer un interés legal del 6% anual, por cuanto 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 la norma del Código Civil (f.89vto) pues en estricto sentido no se está hablando de un asunto comercial, 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.

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 (...).

Del régimen prestacional y salarial

El Congreso de la República, en ejercicio de su competencia principal de hacer las leyes, tiene el deber constitucional de estatuir el marco general, los objetivos y directrices que orientarán al Presidente de la República para establecer el régimen salarial y prestacional de los distintos servidores públicos del Estado, a fin de proferir el mencionado régimen

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A" Consejero ponente: William Hernández Gómez, del 7 de diciembre de 2017. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00311-01(0905-15).
<http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2107361>

salarial y prestacional, tanto el órgano legislativo como el ejecutivo nacional desarrollan una competencia concurrente, la cual permite que el Congreso actúe, en primer término, trazando una línea general, para que luego el Presidente dentro del marco por este diseñado lo proceda a dotar de contenido. De esta forma, a través de una "ley marco o cuadro" el Congreso fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse la materia, correspondiéndole al Presidente de la República el desarrollo de tales parámetros por medio de decretos.

Sin embargo, si bien tanto el salario como las prestaciones son definidas en una ley, o por un decreto del presidente, hay que tener muy claro que existe una gran diferencia entre salario y prestaciones sociales.

Para identificar el concepto de salario, se puede señalar que son todas aquellas sumas que se perciben como una contraprestación que tiene carácter retributivo; comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado, es una contraprestación directa y onerosa por la prestación de un servicio.

Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo, y por ello pueden estar representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador. Se diferencian del salario, sustancialmente, en que no tienen carácter retributivo o remuneratorio por los servicios prestados, pues el derecho a ella surge en razón de la relación laboral y con el fin de cubrir riesgos o necesidades.

Sin embargo, la ley no siempre es precisa al calificar las prestaciones sociales o la institución salarial; lo que sí es claro es que no puede existir ningún empleo público que no esté sometido a un régimen salarial y prestacional señalado o en una ley o por el ejecutivo nacional. Los artículos 122 y 123 de la norma Constitucional señalan que todo empleo público requiere estar contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, y que los servidores públicos deberán ejercer sus funciones en la forma prevista en la Ley y el reglamento.

Es así como para el caso de los docentes y personal administrativo, el régimen salarial en general lo expide el Presidente de la República en desarrollo de las reglas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto Ley 1278 de 2002; y el régimen prestacional está señalado en la Ley 91 de 1989 y

en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, esta última para los vinculados con posterioridad a la promulgación de esta norma.

La Ley General de la Educación, 115 de 1994, en su artículo 175 estableció que el régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales del orden departamental, distrital o municipal se rige por el Decreto 2277 de 1979, y la Ley 4 de 1992 y demás normas que lo modifiquen y adicionen, en armonía con el artículo 6 de la Ley 60 de 1993.

Conforme al marco legal anterior, se debe señalar o deducir que el pago de intereses moratorios dentro de una relación laboral legal y reglamentaria, atendiendo su naturaleza indemnizatoria, corresponde a una prestación social, pues este pago no tiene las características para tenerlo como salario, esto es, que sea una contraprestación que tiene carácter retributivo, que se reciba en forma habitual y periódicamente, y que sea una contraprestación directa y onerosa por la prestación de un servicio.

Por ende, para que un empleado o servidor de cualquier entidad pública, valga señalar del sector de la educación, tuviera derecho al pago de intereses moratorios por el no pago oportuno de sus emolumentos, deben estar expresamente señalados en las disposiciones que reglamentan el régimen prestacional, *verbi gratia*, los intereses por pago retardado de cesantías; y revisadas las normas que regulan el sistema prestacional no se observa que alguna de ellas regule el derecho a reclamar intereses moratorios por pago tardío de una nivelación u homologación salarial.

Así las cosas, como la demanda se encamina a que se le reconozcan intereses moratorios por el pago presuntamente retardado de una nivelación salarial, la misma no es procedente, y se negarán por ello las pretensiones.

Cambio de Postura sobre Indexación

La Sala en anteriores ocasiones había defendido la tesis que, a pesar de no haberse pedido indexación, al verificarse el pago en fecha posterior a la expedición de las resoluciones que reconocieron la homologación y nivelación salarial, en virtud de los principios de protección constitucional consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, de equidad y justicia, se debía reconocer como fallo *extrapetita*, el pago de una indexación, sin embargo esta postura deberá ser cambiada, a raíz de la posición del Consejo de Estado respecto de este tema.

Sin embargo, el Consejo de Estado en providencia del 29 de mayo de 2020, y en sentencias posteriores a reiterado la no procedencia del reconocimiento de indexación en el pago de la homologación y nivelación salarial, revocando dicho reconocimiento realizado por esta Sala Primera de decisión, en la cual esgrimió:

En igual sentido se ha pronunciado la subsección homóloga mediante sentencia del 7 de diciembre de 2017, por la cual se ha sostenido:

“(...) En primer lugar es importante anotar que la demandante ni en la actuación administrativa como tampoco en la demanda o en el recurso que ahora se resuelve, cita sustento legal alguno para el reconocimiento y pago de los intereses que reclama, sus argumentos se fundamentan básicamente en postulados generales de la Constitución y en pronunciamientos jurisprudenciales sobre el pago de intereses moratorios con respecto a derechos pensionales.

(...)

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 (...)⁶”.

El anterior criterio jurisprudencial fue reiterado mediante sentencia del 23 de agosto de 2018, por la Subsección B⁷, así:

⁶ Rad. 73001-23-33-000-2014-00311-01(0905-15). C.P. William Hernández Gómez. En el mismo sentido véase: Sentencias del 22 de febrero de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00404-01(2475-15). C.P. Gabriel Valbuena Hernández; del 1º de marzo de 2018, Rad. 73001-23-33-000-2014-00221-01(1914-15) y 73001-23-33-000-2014-00265-01(3484-15). C.P. William Hernández Gómez; del 8 de marzo de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00558-01(3219-15). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; del 3 de mayo de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00250-01(1670-15). C.P. Gabriel Valbuena Hernández; del 10 de mayo de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00185-01(3180-15). C.P. Gabriel Valbuena Hernández; del 21 de junio de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00218-01(1372-15), 73001-23-33-000-2014-00232-01(0593-15), 73001-23-33-000-2014-00251-01(2121-15) y 73001-23-33-000-2014-00251-01(2121-15). C.P. Gabriel Valbuena Hernández; del 29 de agosto de 2018. Rad. 23001-23-33-000-2014-00289-01(0704-17).

⁷ Rad. 73001-23-33-000-2014-00403-01(4589-15). C.P. César Palomino Cortés.

“(…) Del material probatorio allegado al plenario y las consideraciones normativas referidas, la Sala observa que el Ministerio de Educación Nacional con ocasión a la Directiva Ministerial 10 del 30 de junio de 2005, estableció el procedimiento y las directrices necesarias para llevar a cabo el proceso de homologación y nivelación salarial del personal administrativo, entre las cuales estaba la elaboración de un estudio técnico y los efectos retroactivos de las acreencias laborales.

(…)

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.

(…)”.

De acuerdo con el criterio jurisprudencial de esta Corporación⁸, en atención a que en el presente caso, se acreditó que el reconocimiento y pago del retroactivo al que dio lugar el proceso de homologación y nivelación salarial del personal administrativo del Departamento de Caldas fue debidamente indexado y, pese a lo manifestado por la apelante, es incompatible con las pretensiones de la demanda, por lo que acceder al reconocimiento de ambos constituiría un doble pago para la entidad demandada.

En tal sentido, se equivocó el *a-quo* al condenar al Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento de una indexación sobre el

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Rad. 73001-23-33-000-2014-00311-01(0905-15). C.P. William Hernández Gómez. En el mismo sentido véase: Sentencias del 22 de febrero de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00404-01(2475-15). C.P. Gabriel Valbuena Hernández; del 1º de marzo de 2018, Rad. 73001-23-33-000-2014-00221-01(1914-15) y 73001-23-33-000-2014-00265-01(3484-15). C.P. William Hernández Gómez; del 8 de marzo de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00558-01(3219-15). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; del 3 de mayo de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00250-01(1670-15). C.P. Gabriel Valbuena Hernández; del 10 de mayo de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00185-01(3180-15). C.P. Gabriel Valbuena Hernández; del 21 de junio de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00218-01(1372-15), 73001-23-33-000-2014-00232-01(0593-15), 73001-23-33-000-2014-00251-01(2121-15) y 73001-23-33-000-2014-00251-01(2121-15). C.P. Gabriel Valbuena Hernández; del 29 de agosto de 2018. Rad. 23001-23-33-000-2014-00289-01(0704-17).

valor pagado a título de retroactivo, pues no tuvo en cuenta que entre la resolución que reconoció el derecho a la acá demandante y el pago del valor ordenado, transcurrió un plazo de aproximadamente un mes, el cual, en atención a la naturaleza del asunto y las apropiaciones presupuestales que para el efecto debieron hacerse, resulta ser un plazo razonable que no acarrea una sanción para las entidades públicas demandadas, por ende, no es procedente el reconocimiento de intereses legales o moratorios por el no pago inmediato del valor correspondiente a la homologación y nivelación de la planta de personal administrativo reconocido a la señora Olga Margarita Medina.

Adicionalmente, como no es procedente dictar fallos por cantidad superior (*ultra petita*) o por objeto distinto del pretendido en la demanda (*extra petita*), ni por causa diferente a la invocada en ésta, pues ello sería como vulnerar el principio de congruencia⁹, resulta inadmisibles que se ordene un reconocimiento que no fue solicitado por la demandante, como es el caso de la indexación sobre el valor pagado a título de retroactiva ordenada por el *a-quo*.

Por lo anterior, y acogiendo la tesis del Consejo de Estado considera la Sala que no es procedente, entrar a estudiar esta posibilidad.

Costas

Conforma al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, no se evidencia en el presente caso, una falta absoluta de fundamento jurídico para las pretensiones de la demanda, razón por la cual no se condena en costas a la parte demandante.

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

⁹ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

"(...) ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual versee el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

(...)".

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones incoadas por la parte actora, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró CARLOS ARTURO PÉREZ MEZA contra el DEPARTAMENTO DE CALDAS Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

SEGUNDO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

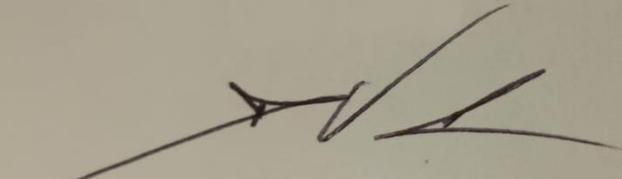
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 04 de marzo de 2021 conforme Acta n° 010 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado (E) Despacho 02
Aclara el Voto



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. 041 del 09 de marzo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO	17001-23-33-000-2017-00836-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTES	GERMÁN GÓMEZ MONTOYA, JULIO CÉSAR OROZCO RAMÍREZ Y CLEMENCIA PALACIO HURTADO
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

PRETENSIONES

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

1. Se declare la nulidad del acto administrativo conformado por el Oficio S.S.A-GH 00958 del 31 de octubre de 2014, el oficio UGH-188 de 2009 y el acto presunto negativo generado por la no respuesta al recurso de reposición y apelación interpuestos el 12 de noviembre de 2014 contra el precitado oficio de 2014.

2. Que como consecuencia de la nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al municipio de Manizales reconocer, liquidar y pagar en forma retroactiva a los demandantes o quien representen sus derechos, por el periodo comprendido entre el 1° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2013, lo siguiente:

- El recargo establecido en el artículo 36 del Decreto ley 1042 de 1978, por el hecho de haber laborado durante horas diurnas excediendo la jornada máxima laboral diaria y 44 horas a la semana.
- El recargo establecido en el artículo 37 del Decreto Ley 1042 de 1978 por el hecho de haber laborado horas nocturnas que excedieron la jornada máxima laboral de 44 horas a la semana.

- El recargo establecido en el artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978, por el hecho de haber laborado en horario nocturno de lunes a domingo, sin que se hayan cancelado estos recargos.

- El recargo establecido en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, por el hecho de haber laborado en días dominicales y festivos, los cuales no fueron concedidos ni cancelados.

- Los días compensatorios establecidos en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978 por el hecho de haber laborado en días dominicales, los cuales no fueron reconocidos ni cancelados por la demandada.

3. Que como consecuencia de los anteriores reconocimientos, sean revisadas y reajustadas las prestaciones sociales (primas, vacaciones, cesantías, pensiones, etc.) correspondientes al periodo reclamado ya canceladas o causadas, teniendo en cuenta los valores reclamados y reconocidos en los numerales anteriores.

4. Ordenar al demandado, que las sumas de dinero a las que resulte condenado, sean pagadas en forma indexada desde el momento en que esos emolumentos fueron causados y no pagados hasta la fecha de emisión de la sentencia que así lo ordene, conforme al artículo 187 del CPACA.

5. Condenar al demandado al pago de intereses de mora a partir de la ejecutoria de la sentencia conforme el artículo 195 del CPACA.

6. Condenar al demandado a pagar las costas, costos y agencias en derecho que se generen con el ejercicio de la presente acción.

Como pretensión especial solicitó inaplicar por inconstitucionales los literales d) y e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, en la medida que son contrarios a los artículos 25 y 53 de la Constitución Política.

HECHOS

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

✓ Los demandantes fueron vinculados y posesionados como empleados públicos adscritos al municipio de Manizales en el cargo de bombero, el cual desempeñan en la actualidad.

- ✓ Desde que comenzaron sus actividades los demandantes, cumplen su trabajo en turnos de 24 horas de servicio por 24 horas de descanso, para un total de 72 horas laboradas a la semana, con lo cual superan en 28 horas la jornada legal de 44 horas semanales, que se traducen en horas extras (14 diurnas y 14 nocturnas), sin que esas horas excedentes que constituyen trabajo suplementario hayan sido canceladas con el recargo del 25% para las horas diurnas y del 75% para las horas nocturnas ordenados por los artículo 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978.
- ✓ Que por la programación de turnos diseñada por la demandada se ha requerido que los bomberos laboren en jornadas ordinarias por turnos que comprenden horas diurnas y nocturnas, sin que el total de dichas horas nocturnas, incluidas las laboradas nocturnamente en días dominicales y festivos, hayan sido cancelada con el recargo del 35% ordenado por el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978.
- ✓ Que dentro de los turnos diseñados y programados por la entidad demandada, ésta ha incluido los domingos y festivos como días ordinarios de trabajo, de tal forma que los actores han laborado días dominicales y festivos sin que se les haya cancelado el doble valor de las horas laboradas en esos días de descanso obligatorio, como tampoco han concedido el día de descanso compensatorio ordenado en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978.
- ✓ Que a los accionantes se les canceló prestaciones sociales sin tener en cuenta el valor que corresponde por concepto de trabajo suplementario, trabajo dominical, festivos y compensatorios.
- ✓ Que se presentó reclamación ante la entidad solicitando el pago de ese trabajo suplementario y la reliquidación de las prestaciones, la cual fue respondida mediante oficio S.S.A-GH 00958 del 31 de octubre de 2014 que a su vez se remitió a lo decidido en el oficio UGH-188 del 6 de abril de 2009, que ya había sido declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa.
- ✓ Contra el anterior oficio se interpusieron los recursos de reposición y apelación, sin que la entidad demandada hubiera resuelto.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 6, 13, 25, 53 y 90; Decreto Ley 2400 de 1968: artículos 6 y 7; Decreto Ley 1042 de 1978: artículos 34, 35, 36, 37, 39, 45 y 46.

Señaló que a los demandantes les es aplicable el Decreto 1042 de 1978, de conformidad con lo establecido en la Ley 27 de 1992, Ley 443 de 1998 y la sentencia C-1063 de 2000.

Realizó un análisis de los artículos mencionados en el concepto de la violación, y con base en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, así como en jurisprudencia de este mismo Tribunal Administrativo, arguyó que el hecho de desarrollar la jornada por turnos, esto es, algunas jornadas en forma diurna, nocturna, mixta, dominicales y festivos, no habilita a la parte patronal para modificarle el valor económico que el Legislador le ha dado a los mismos, según el Decreto 1042 de 1978.

Señaló, que los recargos que se encuentran establecidos en las normas invocadas como violadas no fueron aplicados, y por ello el municipio adeuda valores por dichos conceptos, así como el reajuste de las prestaciones sociales y aportes a pensión que se calculan con fundamento en ese trabajo suplementario.

Solicita la inaplicación por inconstitucionales de los literales d) y e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, los cuales establecen que el pago de las horas extras no puede superar el tope de 50 horas al mes, y que el tiempo que supere esta cantidad se reconocerá en tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras de trabajo, arguyó que son violatorios de los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, pues transgreden el principio de remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, incentivan la negligencia y el enriquecimiento sin causa de la administración y desnaturalizan la razón de ser del descanso compensatorio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El municipio de Manizales frente a los hechos adujo, que algunos son ciertos y que otros no lo son, y destacó que los bomberos cumplen sus labores dentro de una jornada laboral especial.

Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al resaltar que el ente territorial ha actuado conforme a derecho.

Explicó que desde la creación del Cuerpo Oficial de Bomberos se ha tenido una jornada de 24 horas de servicios por 24 horas de descanso; y que al otorgarse el descanso esta jornada no da derecho a compensación en dinero.

Que además a los demandantes se les han cancelado los conceptos de recargo nocturno y dominicales que reclaman hasta el 31 de diciembre de 2013.

Agregó que en materia de jornada laboral para las entidades del nivel territorial se acoge el criterio planteado por la Corte Constitucional en sentencia C-1063 de 2000, en la cual declaró inexequibles apartes del artículo 3 de la Ley 6 de 1945, e hizo extensiva la aplicación del Decreto 1042 de 1978 en sus artículos relacionados con la jornada laboral a los empleados del nivel territorial.

Por tanto, señaló que la norma aplicable en materia laboral a los empleados públicos del orden territorial, entre ellos los bomberos, es el Decreto 1042 de 1978. Trajo a colación sentencias del Consejo de Estado del 4 de mayo de 1990, 21 de septiembre de 2006 y 2 de abril de 2009 relacionadas con el tema.

Formuló las excepciones de:

- **Caducidad:** la sustentó en que el 27 de julio de 2015 terminó el silencio administrativo al dar respuesta por oficio SSA-GH-0356 a una nueva petición contra la cual no se interpuso recurso alguno, por lo que operó el fenómeno de la caducidad en este medio de control.
- **Cobro de lo no debido:** en tanto la administración municipal pagó los conceptos reclamados, tal como se certificó por la Unidad de Gestión Humana.
- **Prescripción del derecho:** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y en el Decreto 3135 de 1969 pidió que, en caso de accederse a las pretensiones, se aplique la prescripción trienal a los factores salariales reclamados.
- **Obligatoriedad del precedente jurisprudencial:** en un caso similar y mediante sentencia del 24 de julio de 2008 - radicación 3465-03 el Consejo de Estado negó las súplicas de la demanda.
- **Régimen excepcional del personal bomberil:** en tanto el régimen de los bomberos es excepcional, por lo cual no puede aplicarse a la vez otro régimen establecido para los servidores de la rama ejecutiva.
- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: guardó silencio.

Parte demandada: guardó silencio.

MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto de fondo en el presente asunto.

CONSIDERACIONES

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

La parte demandada propuso las excepciones que denominó “caducidad”, “cobro de lo no debido”, “prescripción del derecho”, “obligatoriedad del precedente jurisprudencial”, “régimen especial del personal bomberil” y “genérica”.

En la audiencia inicial se resolvió la excepción de caducidad, la cual se declaró no probada. Las demás excepciones, por tocar el fondo del asunto, quedarán subsumidas en el estudio que de este se realice.

Problemas jurídicos

1. ¿Está demostrado dentro del proceso, que los demandantes efectivamente prestaron sus servicios como bomberos en el municipio de Manizales, en turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso en forma continua, tanto diurnas como nocturnas, incluyendo días festivos y dominicales?
2. ¿Al tenor del Decreto 1042 de 1978 tienen derecho los demandantes a que se les reconozcan los recargos por horas diurnas y nocturnas laboradas en jornada laboral ordinaria y en horario nocturno, por los turnos dominicales y festivos, así como a que se otorguen los días compensatorios por el período laborado entre el 1º de junio de 2012 y el 31 de diciembre de 2013?

En caso afirmativo:

3. ¿Se deben reajustar las prestaciones sociales con los nuevos valores reconocidos?

4. ¿Se configuró la prescripción extintiva del derecho?

Lo probado

- Según certificaciones expedidas por el Líder de Proyecto de la Unidad de Gestión de la alcaldía de Manizales, se tiene la siguiente información laboral en relación con los demandantes:

- El señor Julio César Orozco Ramírez desde el 1° de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013 se desempeñó como bombero código 475, grado 05, con una jornada laboral de 24 horas de servicio por 24 de descanso. Se aclaró, que si el demandante laboraba un domingo, se le cancelaba el domingo doble y se le daba un día compensatorio (fol. 2 C.2).

- La señora Clemencia Palacio Hurtado desde el 1° de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013 se desempeñó como bombero código 475, grado 05, con una jornada laboral de 24 horas de servicio por 24 de descanso. Se aclaró, que si la demandante laboraba un domingo se le cancelaba el domingo doble y se le daba un día compensatorio (fol. 4 C.2).

- El señor Germán Gómez Montoya desde el 1° de junio hasta el 31 de agosto de 2013 se desempeñó como bombero código 475, grado 05, y del 1° de septiembre de 2013 al 31 de diciembre de ese mismo año laboró como Subcomandante de Bomberos código 336, grado 13, con una jornada laboral de 24 horas de servicio por 24 de descanso. Se aclaró, que si el demandante laboraba un domingo se le cancelaba el domingo doble y se le daba un día compensatorio (fol. 6 C.2).

- Reposan en el cartulario los calendarios del año 2012 y 2013, en los que se hace relación al número de turnos al mes efectuados por los señores Julio César Orozco Ramírez, Clemencia Palacio Hurtado y Germán Gómez Montoya (fols. 9 a 14 C.2). Así como información sobre los compensatorios generados por los demandantes entre junio de 2012 a diciembre de 2013 (fol. 15 y 20 *ibídem*).

- Se encuentran además en el cartulario copia de las órdenes de trabajo del Cuerpo Oficial de Bomberos con información sobre la estación donde se prestaba el servicio, el número de orden, el día, las horas de los turnos, entre otros (fols. 215 a 1241 C.1 a C.1D)
- Mediante petición radicada el 30 de mayo de 2014 los demandantes, junto con otros empleados bomberos, solicitaron el reconocimiento y pago de forma retroactiva a mayo de 2011 del trabajo suplementario por ellos laborado; y, de contera, el reajuste de sus prestaciones sociales (fols. 169 a 172 C.1).
- A través de oficio S.S.A-GH-0958 del 31 de octubre de 2014 se dio respuesta a la anterior petición, y se indicó que, a través de oficio UGH-188 del 6 de abril de 2009 ya había sido agotada vía gubernativa por similar pretensión (fol. 173 a 177 C.1).

El oficio UGH-188 del 6 de abril de 2009 negó el reconocimiento de un trabajo suplementario que fue solicitado por personas que se desempeñaban como bomberos, al afirmar que el mismo se había pagado de conformidad con la ley, sin que tampoco fuera procedente el reajuste de prestaciones sociales (fol. 166 y 167 C.1).

- Contra el oficio S.S.A-GH-0958 del 31 de octubre de 2014 se interpusieron los recursos de reposición y apelación, sin que dentro del expediente obre respuesta a los mismos (fol. 178 a 181 C.1).
- Según prueba decretada de oficio, los demandantes percibieron los siguientes salarios en los años 2012 y 2013 (fol. 1431 C.1D):

NOMBRE	2012	2013
Germán Gómez Montoya	\$1.002.378	\$1.026.836 (enero a agosto) y \$1.148.998 (septiembre a diciembre)
Clemencia Palacio Hurtado	\$1.002.378	\$1.026.836
Julio César Orozco Ramírez	\$1.002.378	\$1.026.836

Solución al Primer problema jurídico

¿Está demostrado dentro del proceso, que los demandantes efectivamente prestaron sus servicios como bomberos en el municipio de Manizales, en turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso en forma continua, tanto diurnas como nocturnas, incluyendo días festivos y dominicales? ¿Fueron estas jornadas remuneradas?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que se acreditó el trabajo suplementario realizado por los demandantes en los años 2012 y 2013, el cual no fue remunerado de conformidad con los parámetros establecidos en el Decreto 1042 de 1978.

Frente a la jornada laboral de los demandantes debe señalarse, que si bien en el expediente no se encuentra acto administrativo alguno que ordene de manera expresa trabajar en horas que excedan la jornada máxima legal, sí existen una serie de pruebas documentales que acreditan la manera cómo se organizaban las jornadas de trabajo para el Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales en atención a la especificidad de la labor desempeñada, y frente a las cuales estos últimos no tenían forma de incumplirla.

Las certificaciones visibles de folio 2 a 7 del C.2 indican que, entre el 1° de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013 los demandantes tenían una jornada laboral de 24 horas de servicio por 24 horas de descanso, lo cual se corrobora con los calendarios visibles de folio 9 a 14 *ibídem*.

Es evidente que las razones por las cuales se requiere del servicio de bomberos, exige de ellos una disponibilidad permanente ante la imprevisión de las emergencias que deben atender; por ello, la organización de jornadas amplias hace inane la necesidad de contar con una orden expresa como sustento para atender esta jornada, y menos que se exija para el pago del trabajo suplementario una autorización previa para realizar el mismo, entendiéndose que la sola forma de organización de estas jornadas se debe entender como el acto que los obliga a cumplirla.

Probado entonces que, debieron cumplir estas jornadas, es claro que la jornada laborada por los actores excedía la ordinaria laboral de 44 horas establecida en el Decreto 1042 de 1978, por cuanto si estos debían cumplir turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, significa que semanalmente laboraban aproximadamente 72 horas semanales¹ (lunes a domingo), para un total mensual de 288 horas al mes; pero como los turnos son de 24 por 24, deben descontarse los días domingos que no deberían laborar, que en promedio serían 2 mensuales, lo que significa que a 288 horas mensuales hay que descontarle 48 horas (2 domingos al mes), lo que nos arrojaría como resultado 240 horas al mes de trabajo.

¹ Resultado que se extrae de multiplicar 24 horas por 3 días, que sería el promedio de lo laborado en una semana.

Pese a ello, el Consejo de Estado en providencias sobre el tema ha sostenido que una jornada de 44 horas semanales resultaría un tiempo total laborado al mes de 190 horas², por lo que es evidente que los demandantes superaron la jornada que legalmente se tiene establecida, pues como se indicó, trabajaban en promedio 240 horas al mes, en una jornada mixta.

De lo anterior se infiere que efectivamente los actores tienen derecho a que se reconozcan unas horas extras, frente a las cuales debe advertirse que no pueden exceder de 50 horas extras al mes³; y que las horas extras laboradas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de 1 día hábil por cada 8 horas de trabajo.

Solución al Segundo Problema Jurídico

¿Al tenor del Decreto 1042 de 1978 tienen derecho los demandantes a que se les reconozcan los recargos por horas diurnas y nocturnas laboradas en jornada laboral ordinaria y en horario nocturno, por los turnos dominicales y festivos, así como a que se otorguen los días compensatorios por el período laborado entre el 1º de junio de 2012 y el 31 de diciembre de 2013?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que para el reconocimiento del trabajo suplementario de los bomberos debe acudirse a las disposiciones del Decreto Ley 1042 de 1978, no solo por un vacío en las normas que rigen su jornada especial, sino también en igualdad de condiciones frente a los demás empleados públicos.

En primer momento deberá dejarse claro en relación con la fijación de los salarios de empleados del orden municipal, que por disposición constitucional⁴ hay una competencia concurrente entre el Congreso, el presidente de la República, el Concejo municipal y el alcalde.

Al Congreso le corresponde señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen; al Gobierno

² Sección Segunda – Subsección B - C.P: Carmelo Perdomo Cueter – 19 de abril de 2018, radicado interno 0770-14 “ el límite legal, de las 44 horas, determina el tope de horas semanales laboradas, que debe multiplicarse por 52 semanas, que son las que tiene el año, y dividir el resultado entre 12 meses, para obtener **190 horas** al mes, motivo por el cual el parámetro que aplica la accionada, conforme a su sistema de liquidación de recargos, que según su parecer es adecuado y tiene como fundamento la norma básica de 8 horas diarias por 30 días al mes, bajo una supuesta jornada de 66 horas semanales, no es correcto, por lo que era procedente para la liquidación de las horas extras (trabajo adicional a la jornada laboral establecida), tener en cuenta dicha base (190 horas) para determinar el valor de la hora ordinaria”.

³ Artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989

⁴ Artículos 150, 313 y 315 de la Constitución Política

Nacional le corresponde señalar solo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador; a los Concejos municipales les corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate y, los alcaldes deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten los concejos municipales, emolumentos que en ningún caso pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.

A través de la Ley 4ª de 1992 el Congreso fijó las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales. En el artículo 12 dispuso:

El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional. (Negrillas fuera de texto)

Una vez clara la competencia para la regulación de los salarios de los empleados públicos del orden territorial, esta Sala de Decisión entrará a estudiar si debe aplicársele a los empleados públicos del orden territorial el Decreto 1042 de 1978.

Aplicación de la jornada laboral de los empleados públicos del orden nacional a los empleados del orden territorial

El artículo 1º del Decreto 1042 de 1978 dispone:

Artículo 1º.- Del campo de aplicación. *El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante.*

La redacción de la norma es clara en cuanto delimita el ámbito de aplicación expresamente a los empleados públicos del orden nacional, es decir, el Decreto 1042 de 1978 no es aplicable, en principio, a los empleados del orden territorial sino solo en lo atinente al régimen prestacional, no del régimen salarial.

Sin embargo, la Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 22 preceptuó:

Artículo 22. Ordenación de la Jornada Laboral.

1. El ejercicio de las funciones de los empleos, cualquiera que sea la forma de vinculación con la administración, se desarrollará bajo las siguientes modalidades:

a) Empleos de tiempo completo, como regla general;

b) Empleos de medio tiempo o de tiempo parcial por excepción consultando las necesidades de cada entidad.

2. En las plantas de personal de los diferentes organismos y entidades a las que se aplica la presente ley se determinará qué empleos corresponden a tiempo completo, a tiempo parcial y cuáles a medio tiempo, de acuerdo con la jornada laboral establecida en el Decreto-ley 1042 de 1978 o en el que lo modifique o sustituya. (Resalta la Sala)

La mencionada ley es aplicable a los empleados del nivel territorial de conformidad con su artículo 3º el cual reza:

Artículo 3º. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.*
- En las personerías.*
- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- En la Comisión Nacional de Televisión.*
- En la Auditoría General de la República.*
- En la Contaduría General de la Nación;*

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

(...) (Negrillas de la Sala).

Del régimen aplicable a los bomberos

Durante varios años el Consejo de Estado sostuvo la tesis alegada por la entidad demandada la cual resumió en sentencia del 24 de julio de 2008⁵, al considerar que los bomberos no tenían jornada de trabajo similar a los empleados de dirección, confianza o manejo ya que cumplen una especialísima función en beneficio de la seguridad ciudadana que no podía ser suspendida ni sometida a jornada laboral; y en tal sentido no se les aplicaba el Decreto 1042 de 1978 en materia de jornada de trabajo, pues la misma regía para los empleados con jornada laboral ordinaria, más no para los empleados con jornada especial.

No obstante, lo anterior, se presentó un cambio jurisprudencial con la sentencia del 2 de abril de 2009⁶, reiterada en providencias posteriores⁷, en la que entre otras consideraciones se hicieron las siguientes respecto del caso bajo estudio:

Aplicar la tesis según la cual el trabajo desarrollado por el personal de bomberos cuya jornada es excepcional por la actividad ejercida y que puede ser de 24 horas diarias, lo que a su vez no genera el reconocimiento de trabajo suplementario, resulta inequitativo y desigual con disposiciones que sobre esta misma materia existen en el orden nacional y territorial para empleados que realizan otro tipo de funciones que son menos

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez De Páez. Bogotá D. C, veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00506-01(3465-03)

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá. D.C, dos (2) de abril de dos mil nueve (2009). Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda veintiocho (28) de enero de dos mil diez (2010), Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación no. 66001-23-31-000-2003-00042-01 (1018-06); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011). Ref: Expediente N° 11001-03-15-000-2010-01337-00. Acción de Tutela. Actor: Jose Harvey Rojas Castellanos. C/. Tribunal Administrativo de Santander; consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo. Bogotá D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil once (2011). Radicación No. 11001-03-15-000-2011-01005-01

riesgosas que la desarrollada por ese personal del cual formaban parte los actores; por ende, el vacío normativo respecto a esta labor se suplirá con el Decreto No. 1042 de 1978, porque tratándose de empleados públicos es la Ley y no el convenio (sic) la facultada para fijar el régimen salarial de los empleados. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que la controversia debe resolverse respetando la situación más beneficiosa al empleado.

Definida la aplicación del Decreto No. 1042 de 1978 a la situación de los actores, la Sala abocará el debate específico respecto de la Jornada Ordinaria de Trabajo.

[...]

Del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, transcrito en consideraciones precedentes, se deduce que la jornada ordinaria de trabajo - concepto que implica el pago de salario ordinario pactado y sin recargos - es de 44 horas semanales, así mismo el límite máximo fijado en este artículo corresponde a jornadas de doce horas diarias de trabajo y sesenta y seis horas semanales.

La Sala define que para el caso concreto, se debe aplicar la Jornada ordinaria de 44 horas señalada por el Decreto antes citado; en este sentido, toda labor realizada por los actores que exceda las 44 horas semanales, constituye TRABAJO SUPLEMENTARIO o de horas extras que por ser tal, debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de Ley. (Negrillas fuera de texto)

Igualmente se tiene la sentencia se la Sección Segunda, Subsección "B", Consejera Ponente la Dra Sandra Lisset Ibarra, de fecha 6 de diciembre de 2018, Numero interno (4621-2017) en la cual se hizo un recuento sobre el tema de la siguiente forma:

Sobre la jornada laboral de los bomberos, la Corporación, sostuvo que dichos servidores públicos estaban obligados a una disponibilidad permanente para atender eficiente y eficazmente el servicio público asignado, por lo cual, quien ingresaba a la administración pública en esta clase de labor, se entendía que aceptaba las reglamentaciones que sobre el particular tuvieran las entidades, de manera que no existía la posibilidad de reclamar el pago de tiempo suplementario de trabajo como horas extras, dominicales festivos, recargos nocturnos o compensatorios, porque dicho personal no estaba sujeto a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial regulada por el ente empleador.

En consecuencia, se consideraba que la jornada de 24 horas desarrollada por los servidores del cuerpo de bomberos, se ajustaba a las previsiones de la Ley 6º de 1945 en su artículo 3 parágrafo 1º, ya que era una jornada

de trabajo máxima, especial y excepcional, que comprendía un lapso de trabajo diurno y otro nocturno y con fundamento en ello no resultaba procedente el reconocimiento del trabajo suplementario.

Sin embargo, en sentencia del 17 de abril del 2008, la Sección Segunda-Subsección A, introdujo un cambio en la anterior postura jurisprudencial para señalar que, si bien el trabajo desarrollado por el personal de bomberos cuya jornada es excepcional por la actividad ejercida puede ser regulado en 24 horas diarias, tal situación debía generar el reconocimiento del trabajo suplementario, pues de lo contrario, la situación de tales servidores, resultaría inequitativa y desigual respecto' de otros empleados que realizan funciones que son menos riesgosas.

Así las cosas, se consideró que ante la falta de existencia de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, debía aplicarse el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que implica que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras, las cuales deben ser remuneradas en las condiciones previstas en el artículo 35 y siguientes del referido decreto, deduciendo para dicho efecto los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador.

En este orden, se concluyó que el vacío normativo respecto a la jornada laboral para esta clase de labor debía suplirse con el Decreto 1042 de 1978.

La Sala reiteró la tesis anterior en la sentencia de 2 de abril de 2009 al señalar lo siguiente:

"(...) Dadas las singulares labores que cumplían los demandantes en su condición de miembros del cuerpo de bomberos, dirigidas a evitar que la comunidad se viera expuesta a situaciones de "grave peligro", o a conjurar el riesgo que se pudiera presentar para responder de una manera eficaz y eficiente a la protección de la sociedad y así ampararla de un daño grave originado en un fenómeno natural o por la acción del hombre, el horario de trabajo especial para éstos servidores tiene sólida fundamentación en la naturaleza, misma de la actividad que desarrollan, la cual requería la prestación del servicio en forma continua y permanente, por consiguiente, el Municipio debió reglamentar el horario, tanto para garantizar la prestación efectiva del servicio bomberil, como para ,garantizar los derechos del empleado expuesto a dicha actividad, porque no consultaría los principios constitucionales de la dignidad y de la igualdad, la exclusión de esos servidores del goce de las garantías correspondiente a los beneficios, de la jornada ordinaria para someterlos a un régimen especial que va en detrimento de sus derechos laborales.

La Jurisprudencia de la Corporación ha señalado que por la labor que ejercen las personas vinculadas al cuerpo de bomberos no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial, que es la regulada por el ente empleador, como en el sub lite, el ente demandado omitió expedir tal regulación, se debe entender que la jornada de trabajo aplicable a esos servidores es la correspondiente a 44 horas semanales fijada en el Decreto No. 1042 de 1978.

Aplicar la tesis según la cual el trabajo desarrollado por el personal de bomberos cuya jornada es excepcional por la actividad ejercida y que puede ser de 24 horas diarias, lo que a su vez no genera el reconocimiento de trabajo suplementario, resulta inequitativo y desigual con disposiciones que sobre esta misma materia existen en el orden nacional y territorial para empleados que realizan otro tipo de funciones que son menos riesgosas que la desarrollada por ese personal del cual formaban parte los actores; por ende, el vacío normativo respecto a esta labor se suplirá con el Decreto No. 1042 de 1978, porque tratándose de empleados públicos es la Ley y no el convenio la facultada para fijar el régimen salarial de los empleados. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo. de la Carta Política, que la controversia debe resolverse respetando la situación ms beneficiosa al empleado (...)" (Subraya la Sala).

Y recientemente, en sentencia del 31 de octubre del 2013, expresó: «Como la actividad del Cuerpo de Bomberos Distrital es de carácter permanente y se presta de forma continua e ininterrumpida, la Unidad Administrativa estableció como jornada de trabajo un sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, teniendo en cuenta la jornada ordinaria que incluye horas diurnas y nocturnas, dominicales y festivos de manera continua, es decir que en una semana se trabajan 3 días y descansan 4 y la siguiente semana viceversa.

Este tipo de jornadas llamadas mixtas se encuentran reguladas en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 de la siguiente manera: Departamento Administrativo de la Función Pública Sentencia 05425 de 2018 Consejo de Estado 11 EVA - Gestor Normativo "Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornada que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso."

Respecto de la jornada de trabajo el artículo 33 del mismo estatuto dispuso lo siguiente:

"La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana expendan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal.

En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras. Para los miembros de los Cuerpos Oficiales de Bomberos la jornada laboral es considerada como mixta por el sistema de turnos ya referido, el cual debe ser liquidado teniendo en cuenta las horas extras ordinarias y de los días festivos, sean diurnas o nocturnas". (...) Atendiendo la normativa y jurisprudencia citadas, resulta evidente que en el caso concreto debe aplicarse lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la jornada laboral y la liquidación del tiempo trabajado en jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, según la naturaleza de la función» (Subraya la Sala)

Dicha postura no desconoce que las labores realizadas por los bomberos implican una disponibilidad permanente por lo que es razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria e trabajo sino a una jornada especial.

Sin embargo, precisa la Sala que tal jornada especial ha de ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a dicha jornada máxima leal excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales, es decir, dentro de los límites allí previstos, y observando la forma de remuneración establecida para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno, en dominicales y festivos.

Lo anterior, toda vez que un régimen especial tendiente a excluir o disminuir los beneficios laborales mínimos correspondientes a la jornada ordinaria previstos en el Decreto 1042 de 1978, en detrimento del personal que desarrolla dicha función, no consultaría principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53), y resultaría violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores público, así como del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador «(...) d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.»

A falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos y su remuneración, reitera la Sala que regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, debiéndose remunerar el trabajo suplementario para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, del personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.

[...]

Insiste la Sala en que el establecimiento de una jornada especial de trabajo por el jefe del respectivo organismo; implica la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción dada la natural y, características en que debe desarrollarse determinada labor, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a una jornada máxima legal excepcional, la cual, en todo caso, debe atender los parámetros de remuneración establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales, es decir, dentro de los límites allí previstos, y teniendo en cuenta la forma de remunerar el trabajo desarrollado en jornadas mixtas el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno y en días de descanso, no obstante, como se dejó expuesto, el Decreto 388 de 1951 no se ocupó de regular la jornada especial del cuerpo de bomberos en las condiciones indicadas .

Conforme a lo anterior, es claro que el Consejo de Estado a partir de la sentencia del 2 de abril de 2009, ya reseñada, comenzó a reconocer el trabajo suplementario de quienes se desempeñan como bomberos, colocándolos en igualdad de condiciones frente a los demás empleados públicos, al determinar que, no obstante tener una jornada especial, ello no impedía que se reconociera el trabajo suplementario.

De las horas extras y el trabajo suplementario

El artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 establece la jornada ordinaria laboral en los siguientes términos:

Artículo 33. De la jornada de Trabajo. *La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.*

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.⁸ (Negrillas fuera de texto)

⁸Modificado en lo pertinente por los Artículos 1° al 3° del Decreto 85 de 1986.

Conforme a la norma transcrita, la jornada ordinaria de trabajo semanal corresponde a 44 horas semanales; sin embargo, es clara la disposición en estipular que en aquellos empleos cuyas funciones implican el "*desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia*" podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

La jornada laboral ordinaria de los bomberos, conforme a lo expuesto con anterioridad, está sujeta al límite de 44 horas semanales.

El artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 estableció un recargo del 35% cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas en los siguientes términos:

Artículo 35º.- De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.

A su vez el artículo 36 *ibídem*, indica que cuando fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del organismo o la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, autorizará descanso compensatorio o pago de horas extras.

Artículo 36º.- De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

a. El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:

(Modificado por el Artículo 9 Decreto 50 de 1981 y Artículo 13 Decreto Ley 10 de 1989). El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico.

b. El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

c. El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d. Modificado por el Artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. En ningún caso podrá pagarse más de 50 horas extras mensuales.

e. Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

Finalmente, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, reguló el trabajo en días de descanso obligatorio y la forma en que se debe remunerar de la siguiente manera:

Artículo 39. Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos. (Negrillas fuera de texto)

De acuerdo a lo anterior se concluye para este problema jurídico, que efectivamente a los bomberos se les deben aplicar las normas del Decreto Ley 1042 de 1978 para efectos del cálculo de su jornada laboral y el pago del trabajo suplementario por estos realizado.

Como en este caso los actores laboraron en promedio 240 horas al mes y la jornada ordinaria era de 190 horas mensuales, se concluye que laboraron 50 horas adicionales a la

jornada ordinaria, es decir, tiempo extra, las cuales pueden ser reconocidas todas en dinero de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989, sin que haya lugar a compensación con tiempo de descanso.

Ahora, en las pretensiones de la demanda se solicitó que se inapliquen por inconstitucionales los literales d) y e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, los cuales establecen que el pago de las horas extras no puede superar el tope de 50 horas al mes, y que el tiempo que supere esta cantidad se reconocerá en tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo, al considerar que son violatorios de los artículos 25 y 53 de la Constitución Política pues transgreden el principio de remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, incentivan la negligencia y el enriquecimiento sin causa de la administración y desnaturalizan la razón de ser del descanso compensatorio.

Sin embargo, la Sala no emitirá pronunciamiento sobre esta petición, en atención a que, según lo referenciado, los demandantes tendrían derecho a que la totalidad de las horas extras laboradas se compensen en dinero, ya que no superan el tope establecido en la norma (50 horas mensuales).

En relación con los recargos nocturnos y dominicales debe precisarse que, la entidad efectivamente los reconocía, tal como lo dejó sentado en las certificaciones que reposan a folios 2 a 7 del C.2.; pero se desprende que, el pago por ese trabajo suplementario se calculaba de manera errada, por lo siguiente:

En el caso del señor Julio César Orozco Ramírez se toma como ejemplo el mes de junio del año 2012, en el cual se evidencia según la prueba que reposa a folio 2 del cuaderno 2, le pagaron por 32 horas dominicales \$133.651, y por 156 recargo nocturno \$228.040.

Como está probado que el actor para este año 2012 devengó un salario de \$1.002.378, al realizar el cálculo con una jornada laboral de 190 horas mensuales, el valor del recargo nocturno para el mes de junio, que en el caso de esta persona fueron 156 horas, debió ser reconocido en la suma de \$288.051; pero, como se reseñó, se pagó la cantidad de \$228.040, suma de dinero que se obtiene cuando la operación matemática para liquidar este recargo se realiza con una jornada laboral de 240 horas mensuales⁹.

9 Sección Segunda - Subsección B - C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez – 10 de mayo de 2018 - Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00454-01(0899-17).

Y lo mismo ocurriría con los dominicales, ya que el señor Orozco Ramírez para el mes de junio de 2012 laboró 32 horas, las cuales debieron ser reconocidas en la suma de \$337.600, que se obtiene de dividir, el salario mensual por 190 horas al mes, multiplicarlo por el número de horas laboradas y luego por dos, que es la tarifa establecida en el Decreto 1042 de 1978; pero es claro que el municipio no lo pagó con el valor de la hora correcto y doble, pues lo que hizo fue dividir el salario mensual por 240 horas mensuales y eso multiplicarlo por las 32 horas laboradas, lo que da un total de \$133.651, que fue la suma reconocida.

Y lo propio ocurriría con el año 2013, ya que los cálculos se realizaron de la misma manera, pero con un salario de \$1.026.836.

Para el caso de los demás demandantes también acaeció lo mismo, como a modo de ejemplo se indica:

NOMBRE	DOMINICAL ES JUNIO DE 2012	LIQUIDACIÓN DEL MUNICIPIO DE DOMINCALES	LIQUIDACIÓN DECRETO 1042 DE 1978 DE DOMINICAL ES	RECARGO NOCTURNO O JUNIO DE 2012	LIQUIDACIÓN DEL MUNICIPIO DE HORAS NOCTURNAS	LIQUIDACIÓN DECRETO 1042 DE 1978 DE HORAS NOCTURNAS
Clemencia Palacio Hurtado	48 horas	\$200.476	\$506.464	144 Horas	\$210.499	\$265.893
Germán Gómez Montoya	48 Horas	\$200.476	\$506.464	168 Horas	\$245.582	\$310.209

Lo mismo ocurriría en el cálculo del trabajo suplementario para estos actores en el año 2013.

En ese orden, la fórmula correcta que deberá emplear la administración para la liquidación de los recargos nocturnos es la siguiente: Asignación Básica Mensual x 35% x Número horas laboradas con recargo

190

De donde el *primer paso* es calcular el valor de la hora ordinaria que resulta de dividir la asignación básica mensual (la asignada para la categoría del empleo) en el número de horas establecidas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 para el sector oficial (44 horas semanales) que ascienden a 190 horas mensuales.

Establecido el factor hora, el *segundo paso* es liquidar las horas laboradas con recargo, para lo cual se multiplica el factor hora por el porcentaje del recargo nocturno establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 en 35%, por el número de horas laboradas entre las 6:00 p.m y las 6:00 am., es decir, el tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubieren trabajado al mes.

Respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la misma debe ser equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

Estos meses referenciados se escogieron al azar y se traen para ejemplificar la forma en que el municipio liquidaba ese trabajo suplementario, de lo que se puede concluir que, a los demandantes les asiste el derecho al reconocimiento y pago de los recargos nocturnos y los dominicales reclamados, ya que los mismos no se calcularon de conformidad con la ley.

Esos recargos nocturnos se deberán compensar a los demandantes de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, es decir, con un 35% adicional a cada hora nocturna laborada y según el tiempo que certificó el ente territorial en los documentos visibles de folio 2 a 7 del C.2, los cuales no fueron controvertidos por la parte actora.

Respecto a los dominicales, de conformidad con la normativa en cita, como los demandantes laboraron en esos turnos y jornadas, tienen derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical laborado más el disfrute de un día de descanso compensatorio; además de la remuneración ordinaria a que tiene derecho el trabajador por haber laborado el mes completo, como lo impone el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

Sobre este aspecto es importante anotar lo manifestado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrado Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, el 2 de abril de 2009:

El artículo 39 del Decreto No. 1042 de 1978 señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que en razón de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los dominicales o festivos.

De manera que considera la Sala necesario precisar los conceptos relativos a "ordinario o habitual":

En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española "habitual" significa lo que "(...) se hace, padece o posee con continuidad o por hábito.

Para que se diga que existe una "habitualidad" en la prestación del servicio en días domingos y festivos, no necesariamente debe comprobarse que la labor fuera ejercida durante estos días del mes, basta que quien presta el servicio bajo la modalidad de "turnos" tenga la certeza de cuales domingos y festivos del mes debe trabajar.

En efecto, la jornada laboral de los actores se desarrollaba bajo el sistema de turnos, lo que de suyo implica una previa programación de su jornada laboral mensual. Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, los actores conocían de antemano qué domingos del mes les tocaba prestar sus servicios, convirtiéndose en un hábito laborar uno, dos o más

domingos de determinado mes, según la rotación de turnos prevista, lo que hace que su labor en días de descanso se convirtiera en algo habitual¹⁰.

Entonces, al estar demostrado el trabajo ordinario en días dominicales y festivos de manera habitual por parte de los actores al servicio del Cuerpo de Bomberos de Pereira, la Sala procederá a reconocer una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por dominical o festivo laborado, más el disfrute del descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

Advierte la Sala que el descanso compensatorio surge del trabajo realizado en días que no son hábiles y como quedó demostrado en el plenario que los actores laboraban 24 horas pero descansaba otras 24, no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio.

Es importante destacar que, conforme los oficios atrás referidos, la jornada laboral de los demandantes era de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso de lunes a domingo, lo que claramente significa que, el trabajo ordinario en días dominicales se realizó de manera habitual, mismos que deberán ser cancelados de conformidad con lo determinado en el Decreto 1042 de 1978 y según el tiempo que certificó el ente territorial en los documentos visibles de folio 2 a 7 del C.2, los cuales no fueron controvertidos por la parte actora; sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

Ahora bien, respecto de los días festivos encuentra la Sala que, dentro del proceso no se demostró el trabajo habitual en dichos días, pues, aunque es clara la jornada laboral que tenían, de ello no se puede deducir que laboraron días festivos, inferencia que, si era dable frente a dominicales, ya que la jornada da cuenta que los accionantes trabajaban de lunes a domingo. Si bien es probable que algunos de los días laborados fueran feriados, también es cierto que, era una carga del actor demostrar que se laboró en los días señalados. Por esta razón no se accederá a esta pretensión.

En relación con los días compensatorios, es menester señalar que, conforme a la jurisprudencia atrás citada, tal reconocimiento no es procedente, en tanto el actor laboraba en turnos de 24 horas por un descanso de otras 24 horas, y por ello nada se adeuda por este concepto.

¹⁰ Cita de cita: Consejo de Estado, sentencia 268-06 de 28 de febrero de 2008, actor: Claudia Posada Aguilar, M.P. Doctor Jaime Moreno García

Tercer problema jurídico

¿Se deben reajustar las prestaciones sociales con los nuevos valores reconocidos?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que solamente es procedente la reliquidación de las cesantías y los aportes a pensión con el valor del trabajo suplementario que en esta sentencia se reconoce, en tanto para otras prestaciones sociales las horas extras, recargo nocturno y los dominicales no constituye factor salarial para su liquidación.

Se solicita en la demanda la reliquidación de las prestaciones sociales, entre las que se mencionan las cesantías, las primas, vacaciones, aportes a pensión, entre otros.

En primer momento, y más exactamente en relación con las cesantías y aportes a pensión, debe especificarse que, efectivamente el reconocimiento del trabajo suplementario a que tienen derecho los accionantes con fundamento en las directrices señaladas en el Decreto 1042 de 1978 conlleva el reajuste o reliquidación de estas, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, respecto a los periodos que no se encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción.

En cuanto a la reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, tales como la prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, precisa la Sala que, las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, al tenor de lo previsto en el artículo 59¹¹ del

¹¹ "Artículo 59º.- De la base para liquidar la prima de servicio. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

- a) El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo.
- b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- c) Los gastos de representación.
- d) Los auxilios de alimentación y transporte.
- e) La bonificación por servicios prestados.

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año."

Decreto 1042 de 1978, y artículos 17¹² y 33¹³ del Decreto 1045 de 1978, razón por la cual la Sala procederá a negar tal reconocimiento.

Cuarto problema jurídico

¿Se configuró la prescripción extintiva del derecho?

Tesis: la Sala defenderá la tesis de que, en este caso, no transcurrieron más de tres años entre la causación del derecho y la reclamación administrativa, por lo que no se configuró la prescripción.

Sobre el particular, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

*1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, **prescriben en tres (3) años**, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*2. El **simple reclamo** escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, **interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.** (Negrillas fuera de texto)*

Respecto al tema de la prescripción de los derechos laborales y prestacionales, se tiene que los accionantes presentaron reclamación por el tema que hoy ocupa la atención de esta Sala, el 30 de mayo de 2014, petición que fue resuelta por la entidad a través de oficio que data del 31 de octubre de 2014, contra el cual se interpusieron los recursos de reposición

¹² "Artículo 17º.- De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios;
- g) La bonificación por servicios prestado.

En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 de este Decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas."

¹³ "Artículo 33º.- De los factores de salario para liquidar la prima de navidad. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios y la de vacaciones;
- g) La bonificación por servicios prestados."

y apelación que no fueron resueltos por la administración. La demanda se presentó el 25 de mayo de 2017.

Siendo así, y en consecuencia con las pretensiones de la demanda, las cuales se refieren al periodo laborado entre los años 2012 y 2013, se deduce que, no se presentó prescripción de derechos; y en tal sentido, hay lugar a reajustar las horas extra diurnas y nocturnas, dominicales y recargo nocturno desde el 1° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2013, así como a reliquidar las cesantías y los aportes para pensión durante este mismo periodo.

Por todo lo anterior, se declarará que los actores tienen derecho a que les reconozca y pague la jornada suplementaria tal y como se señaló anteriormente, y el pago de las prestaciones sociales arriba mencionadas.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada que (i) reconozca y pague el valor de las horas extras diurnas y nocturnas que los demandantes laboraron entre el 1° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2013, sin que se exceda el reconocimiento y pago de cincuenta (50) horas extra al mes; dicho factor se liquidará con base en el valor hora que arroje la división del salario básico mensual respectivo sobre 190, que es el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral del Decreto 1042 de 1978. (ii) reajuste de los recargos nocturnos y los días dominicales que laboraron los demandantes desde el 1° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2013, según las certificaciones de tiempo laborado que reposan de folio 2 a 7 del C.2; factores que se liquidarán con base en el valor hora que arroje la división del salario básico mensual respectivo sobre 190. Así mismo, el municipio pagará a los demandantes las diferencias que resulten a su favor entre lo ya cancelado y lo que debió reconocérsele en virtud del reajuste que aquí se ordena. (iii) reliquide el valor de las cesantías reconocidas y canceladas desde el 1° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2013, incluyendo los valores que por concepto de horas extras, días dominicales y recargos nocturnos se ordena en la presente providencia. Así mismo, el municipio pagará a los demandantes las diferencias que resulten a su favor entre lo ya cancelado y lo que debió reconocérseles en virtud del reajuste que aquí se ordena. (iv) reliquide las diferencias de los aportes pensionales en lo que constituya el ingreso base de cotización, desde el 1° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2013, pero se dejará la salvedad que las diferencias que surjan por este concepto a cargo del municipio de Manizales en su condición de empleador deberá consignarlas en el fondo de pensiones al cual se hallen afiliados los demandantes, mientras que las sumas que estén a cargo de los actores en su condición de empleados se tomarán

de la condena resultante, debiendo la entidad demandada consignarlas en el fondo de pensiones correspondiente.

Las sumas resultantes de la condena a favor de los demandantes deberán actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina al multiplicar el valor histórico (Rh), que es lo dejado de recibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \cdot \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Conclusión

En atención a que los demandantes en su calidad de bomberos del municipio de Manizales tienen derecho al reconocimiento de horas extras diurnas y nocturnas, recargos nocturnos y dominicales, lo que también genera la reliquidación de sus cesantías y aportes a pensión por el periodo 1° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2013 se accederá parcialmente a pretensiones, ya que no tiene derecho a que se les reconozca trabajo en días festivos, compensatorios y reajuste de las demás prestaciones sociales.

Se declararán no probadas las excepciones de “cobro de lo no debido”, “prescripción del derecho”, “obligatoriedad del precedente jurisprudencial” y “régimen especial del personal bomberil”.

Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, tal y como quedó modificado por la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no se condenará en costas, atendiendo los artículos 365 y 366 del C G. del P., toda vez que las pretensiones solo prosperaron parcialmente.

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: DECLÁRANSE NO PROBADAS las excepciones denominadas “cobro de lo no debido”, “prescripción del derecho”, “obligatoriedad del precedente jurisprudencial” y “régimen especial del personal bomberil” formuladas por **EL MUNICIPIO DE MANIZALES** dentro del presente proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instaurado por **GERMÁN GÓMEZ MONTOYA, JULIO CÉSAR OROZCO RAMÍREZ Y CLEMENCIA PALACIO HURTADO**.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de los oficios S.S.A-GH 00958 del 31 de octubre de 2014 y del UGH-188 del 6 de abril de 2009 y del silencio presunto negativo derivado de la no respuesta al recurso de reposición presentado contra los anteriores actos.

TERCERO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO SE ORDENA al **MUNICIPIO DE MANIZALES** que, a favor de **GERMÁN GÓMEZ MONTOYA, JULIO CÉSAR OROZCO RAMÍREZ Y CLEMENCIA PALACIO HURTADO**:

(i) **RECONOZCA Y PAGUE** el valor de las horas extras que los demandantes laboraron entre el 1° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2013, sin que se exceda el reconocimiento y pago de 50 horas extras al mes; dicho factor se liquidará con base en el valor hora que arroje la división del salario básico mensual respectivo sobre 190, que es el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral del Decreto 1042 de 1978.

(ii) **REAJUSTE** los recargos nocturnos y los días dominicales que laboraron los demandantes desde el 1° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2013 según las certificaciones de tiempo laborado que reposan de folio 2 a 7 del C.2; factores que se liquidarán con base en el valor hora que arroje la división del salario básico mensual respectivo sobre 190, que es el número de horas mensuales de la jornada laboral. Así mismo, el municipio pagará a los demandantes las diferencias que resulten a su favor entre lo ya cancelado y lo que debió reconocérseles en virtud del reajuste que aquí se ordena.

(iii) **RELIQUIDE** el valor de las cesantías reconocidas y canceladas desde el 1° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2013, incluyendo los valores que por concepto de horas extras, días dominicales y recargos nocturnos se ordenan en la presente providencia. Así mismo, el municipio pagará a los demandantes las diferencias que resulten a su favor entre lo ya cancelado y lo que debió reconocérseles en virtud del reajuste que aquí se ordena.

(iv) **RELIQUIDE** las diferencias de los aportes pensionales en lo que constituya el ingreso base de cotización desde el 1° de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2013, sumas dinerarias que deberá actualizar. Se deja la salvedad que las diferencias que surjan por este concepto a cargo del municipio de Manizales en su condición de empleador, debe consignarlas en el fondo de pensiones al cual se hallen afiliados los demandantes, mientras que las sumas que estén a cargo de los actores en su condición de empleado se tomarán de la condena resultante, debiendo la entidad demandada consignarlas en el fondo de pensiones correspondiente.

Las sumas de dinerarias que aquí resulten a favor de los demandantes, se actualizarán conforme la fórmula contenida en la parte motiva de esta providencia.

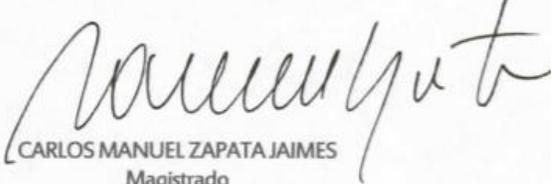
CUARTO : NEGAR las demás pretensiones.

QUINTO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.

SEXTO: La demandada deberá dar cumplimiento de la sentencia en los términos señalados en el artículo 192 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

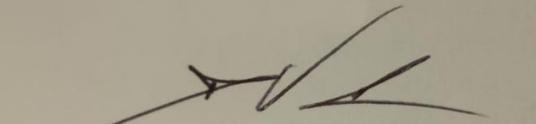
Sentencia proferida en Sala de Decisión Virtual realizada el 04 de marzo de 2021 conforme al Acta n° 010 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado (E) Despacho 02

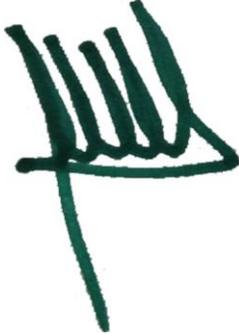


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 041 del 09 de marzo de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO NO.	17001-23-33-000-2019-00414-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	HERIBERTO RÍOS BELTRAN
ACCIONADO	LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

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

1. Declarar la nulidad de la Liquidación Oficial Resolución n° RDO 2018-01897 del 08 de junio de 2018 y de la Resolución n° RDC 2019-00819 del 30 de mayo de 2019, por medio de las cuales se impuso unas obligaciones a cargo del demandante, por concepto de contribuciones parafiscales de la protección social en los periodos comprendidos entre enero a diciembre de 2015.

2. En consecuencia se ordene a la entidad accionada, reestablecer el derecho que le corresponde al demandante, anulando el cobro de las respectivas obligaciones que constituyen una carga parafiscal adicional impuesta en el acto administrativo impugnado.

HECHOS

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

- 1. Con motivo de la afiliación al sistema integrado de protección social del señor Heriberto Ríos Beltrán, la UGPP realizó un proceso de fiscalización durante los periodos 01/01/2015 al 31/12/2015, indicando que, para el periodo descrito, el actor contaba con capacidad de pago que lo obligaba a afiliarse y cotizar al subsistema de pensiones y presentó inexactitud en las autoliquidaciones y pagos al subsistema de salud, incumpliendo

con el deber legal que le imponen las normas que regulan la seguridad social a los trabajadores independientes.

- 2. contra la Liquidación Oficial Resolución n° RDO 2018-01897 del 08 de junio de 2018, interpuso recurso de reconsideración, siendo resuelto mediante la Resolución n° RDC 2019-00819 del 30 de mayo de 2019, por la cual fijó un valor por omisión en afiliación y/o vinculación y pago al sistema de seguridad social, en el subsistema de salud por los periodos de enero a diciembre de 2015, una suma de \$57.779.2600 por concepto de ajuste al sistema de seguridad social, y de \$69.335.200.00 por concepto de sanción por omisión y \$13.866.970.00 por concepto de sanción por inexactitud, para un total de \$140.981.386.00.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante considera que en el presente caso las normas violadas son:

- Constitución Política: artículos 1, 4, 6, 13, 25, 29, 95, 20 y 338; Ley 1735 de 2015: artículo 135; Ley 1438 del 2011: artículo 33; Estatuto Tributario: artículo 107; Decreto 806 de 1998: artículo 70 y Ley 100 de 1993: artículo 17

Después de hacer un recuento normativo, el apoderado de la parte demandante esgrime que existe un vacío normativo frente a la base sobre la que los rentistas de capital deben cotizar, ya que no existe un parámetro objetivo para dicha cotización, por lo cual se concluye la libertad del cotizante para determinar la base de sus aportes; es decir, que el señor Ríos Beltrán en su calidad de rentista de capital no tiene obligación de cotizar sobre dichos ingresos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Sobre los hechos de la demanda e indicó que, unos son ciertos, que otros no lo son, de otros que no le constan y de otros que no son hechos, para seguidamente oponerse a la prosperidad de las pretensiones, ya que la entidad actuó de conformidad con la ley al momento de expedir los actos administrativos objeto de la demanda, los cuales aclara, se encuentran investidos de la presunción de legalidad.

Como argumentos de la defensa, luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial, esgrime que el trabajador independiente, no solamente se circunscribe a las personas que prestan directamente servicios como erradamente lo cree el demandante, sino que se refiere a todas las personas que en virtud de una relación jurídica no laboral obtienen ingresos a partir de los cuales se predica su capacidad de pago; en ese orden de ideas, no le asiste razón al demandante puesto que, por los ingresos percibidos, que define como renta comercial este debe efectuar aportes al Sistema General de Seguridad Social, en

cuanto a sus ingresos le permiten soportar la carga impositiva que previó el legislador en relación con las contribuciones parafiscales de la protección social. Es por ello que solicita se nieguen las pretensiones del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: señaló que está demostrado con los elementos de prueba aportados, que al señor Ríos Beltrán al ser rentista de capital, no está obligado a realizar las cotizaciones que la UGPP le endilga en los actos administrativos demandados.

Parte demandada: Se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No observa esta Sala irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo actuado a partir de la última audiencia pública, y por ello procederá en consecuencia a tomar una decisión de fondo en el presente litigio.

Problemas jurídicos

En el presente proceso se plantean los siguientes interrogantes:

1. ¿Se encontraba el demandante en la obligación de afiliarse en condición de cotizante y aportar al sistema de Seguridad Social Integral en el Subsistema de Salud por los periodos de enero a diciembre de 2015?
2. ¿Cuál es el Ingreso base de Cotización sobre el cual debía liquidar y pagar los aportes a Salud por los periodos fiscalizados?
3. ¿Resulta procedente la sanción determinada en la liquidación oficial?

Lo probado en el proceso

- Que el señor Heriberto Ríos Beltrán presentó declaración de renta y complementarios por el año 2015 mediante formulario 1111605794325, en el cual declara no haber realizado pago por concepto de seguridad social y aportes parafiscales (Fol. 30, C.1.)
- Que el señor Heriberto Ríos Beltrán tuvo unos ingresos brutos por el año 2015 por valor de \$4.240.954. 564.00, por la venta de Café Pergamino (Fol.31, C.1)
- Mediante Resolución n° RDO-2018-01897 del 08/06/2018 la UGPP profiere Liquidación Oficial por omisión en la afiliación e inexactitud en las autoliquidaciones y

pagos al Sistema de Seguridad Social Integral e impone sanción por no declarar. (Fol. 9 a 23, C.1)

- Contra la anterior liquidación el actor presentó recurso de reconsideración el 26 de julio de 2018, siendo resuelto mediante la Resolución n° RDC-2019-00819 del 30/05/2019, que confirmó en su totalidad la Resolución n° RDO-2018-01897 del 08/06/2018 (Fol. 38 a 45, C.1)

Marco normativo

Naturaleza de los aportes a la Seguridad Social.

En reiterada jurisprudencia, la H. Corte Constitucional ha precisado que los aportes a salud y pensión, ostentan la calidad de contribuciones parafiscales:

“3.1.2 Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud¹ como en pensiones, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan

¹ Así por ejemplo en la sentencia C-577/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte señaló:

“La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.

Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el Presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud”.

También en la Sentencia T-569/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte tuvo oportunidad de reiterar los fundamentos de principio que le reconoce a los recursos de la seguridad social la condición de parafiscales. En idéntico sentido en la Sentencia C-542/98 M.P. Hernando Herrera Vergara, al declararse exequible el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, mediante el cual se sujeta a los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social al pago de las cuotas moderadas, copagos, deducibles y pagos compartidos, la Corte había definido su naturaleza de contribuciones parafiscales al indicar: *“En cuanto se refiere al inciso 3º del artículo 187 demandado, cabe advertir que los recursos que allí se tratan, tienen el carácter de parafiscales y siempre deben ser destinados al servicio, por cuanto son contribuciones ordenadas por la Ley, no en forma voluntaria, sino con la finalidad de financiar el Plan Obligatorio de Salud (POS), para atender los costos que demande el servicio, sin que puedan entrar a participar íntegramente a Fondos Comunes.”*

Ver en el mismo sentido la Sentencia C-1707/00 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones²."

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-480 de 1997, señaló que los aportes del presupuesto nacional destinados a la seguridad social tienen idéntica naturaleza y destinación específica:

"7.1. Recursos del sistema

El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto. Los afiliados al régimen contributivo deben cotizar mediante aportes que hará el patrono 8% y el trabajador 4% o sea, que el sistema recibe el 12% del salario del trabajador (Art. 204 Ley 100).

La seguridad social prestada por las E.P.S. tiene su soporte en la TOTALIDAD de los ingresos de su régimen contributivo.

Por consiguiente, forman parte de él:

a) Las cotizaciones obligatorias de los afiliados, con un máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

b) También, ingresan a este régimen contributivo las cuotas moderadoras, los pagos compartidos, (artículo 27 del decreto 1938 de 1994) las tarifas, las bonificaciones de los usuarios.

c) Además, los aportes del presupuesto nacional.

Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal.

Como es sabido, los recursos parafiscales "son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa"³, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado."⁴

Obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social.

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral con el fin de desarrollar y garantizar el derecho irrenunciable de las personas a la seguridad social, contenido en el artículo 48 de la Constitución Política.

Dicho sistema se entiende como "el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos" conformado por "los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios"⁵.

² Ver al respecto, entre otras, la sentencia C-086/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-789 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³ Sentencia C-152/97, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-155 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-4766.

⁵ Ley 100 de 1993, artículo 8º.

Esta reglamentación buscó garantizar las prestaciones económicas y de salud, a quienes tuvieran una relación laboral o estuvieran en la capacidad económica de afiliarse al sistema y, en virtud del principio de solidaridad, garantizar la cobertura del sistema a personas que no ostenten la capacidad económica para afiliarse a éste.

El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003, señala que serán afiliados al Sistema General de Pensiones en forma obligatoria:

*“Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, **las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes** y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales. (Subraya y resalta Juzgado)*

A su vez, el parágrafo 1º de la norma en cita, establece que para el caso de los trabajadores independientes se aplicarán los siguientes principios:

*“a) <Aparte subrayado condicionalmente exequible> **El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado⁶. De tal manera que aquellos que posean capacidad económica suficiente, efectúen los aportes de solidaridad previstos en esta ley;***

b) Podrán efectuarse pagos anticipados de aportes;

c) El Gobierno Nacional establecerá un sistema de descuento directo de aportes para permitir el pago directo de los mismos;

d) Las administradoras no podrán negar la afiliación de los trabajadores independientes ni exigir requisitos distintos a los expresamente previstos por las normas que las rigen;

e) Los aportes podrán ser realizados por terceros a favor del afiliado sin que tal hecho implique por sí solo la existencia de una relación laboral;

f) Para verificar los aportes, podrán efectuarse cruces con la información de las autoridades tributarias y, así mismo, solicitarse otras informaciones reservadas, pero en todo caso dicha información no podrá utilizarse para otros fines.”(Subraya y resalta Juzgado)

Así mismo, el artículo 25 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*

⁶ Parágrafo declarado EXEQUIBLE, por los cargos acusados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1089-03 de 19 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, ‘... en el entendido que las expresiones “El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado” contenidas en el literal a) del referido parágrafo presuponen la existencia de un ingreso efectivo por parte del trabajador independiente para hacer obligatoria su cotización’.

el territorio nacional”, dispuso que la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es obligatoria y se efectuará a través de los regímenes contributivo y subsidiado; y el artículo 26 ibídem, consagra:

“ARTÍCULO 26. Las personas con capacidad de pago deberán afiliarse al Régimen Contributivo mediante el pago de una cotización o aporte económico previo, el cual será financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

Serán afiliados al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

“1. Como cotizantes:

(...).

d) Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador.”(Subraya y resalta Juzgado)

Por su parte, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, señala que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud del régimen contributivo, son las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Adicional a lo anterior, el artículo 1º del Decreto 1406 de 1999⁷ define el alcance de la expresión “aportante” en los siguientes términos:

“Aportante” es la persona o entidad que tiene la obligación directa frente a la entidad administradora de cumplir con el pago de los aportes correspondientes a uno o más de los servicios o riesgos que conforman el Sistema y para uno o más afiliados al mismo. Cuando en este decreto se utilice la expresión “aportantes”, se entenderá que se hace referencia a las personas naturales o jurídicas con trabajadores dependientes, a las entidades promotoras de salud, administradoras de pensiones o riesgos profesionales obligadas a realizar aportes correspondientes al Sistema, a los rentistas de capital y demás personas que tengan capacidad de contribuir al financiamiento del SGSSS, y a los trabajadores independientes que se encuentren afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral.”

El citado Decreto, además, incluyó dentro de la clasificación de los aportantes del Sistema de Seguridad Social Integral, a los trabajadores independientes, así:

“ARTICULO 16. CLASES DE APORTANTES. <Artículo compilado PARCIALMENTE en el artículo 2.2.1.1.1.3 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 4.1.1 del mismo Decreto 780 de 2016> Para los efectos del presente decreto, los aportantes del Sistema de Seguridad Social Integral serán de tres (3) clases:

⁷ “Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones”

(...).

c) Trabajadores Independientes

Se clasifica como trabajador independiente a aquel que no se encuentre vinculado laboralmente a un empleador, mediante contrato de trabajo o a través de una relación legal y reglamentaria.

Se considerarán como trabajadores independientes aquellos que teniendo un vínculo laboral o legal y reglamentario, además de su salario perciban ingresos como trabajadores independientes.

Para los efectos del sistema de liquidación de aportes que establece el presente decreto, se asimilan a trabajadores independientes los grupos de población subsidiados dentro del Régimen General de Pensión.”(Subraya y resalta Juzgado)

Sobre el particular la H. Corte Constitucional en sentencia C-578 de 2009, Magistrado Ponente, Doctor Juan Carlos Henao Pérez, manifestó:

“...de una interpretación sistemática e integral de la Ley 100 de 1993, no es posible concluir que los “rentistas” se encuentran excluidos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues en los términos del inciso 1º del artículo 157 de la Ley 100 y de los artículos 1º y 156 de esta Ley “Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al sistema general de seguridad social en salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio (...)”, de manera tal que ningún colombiano puede eludir esta obligación, a punto que el artículo 154 de la Ley 100, señala que el Estado intervendrá en el servicio público de la seguridad social para asegurar su carácter obligatorio.”

En consecuencia, se tiene que toda persona con capacidad económica, cuyos ingresos no provengan de un contrato laboral o de una relación legal y reglamentaria, clasifica en la categoría de trabajador independiente, por ende, debe cumplir con la obligación de afiliarse y cotizar al Sistema General de Seguridad Social integral mediante el régimen contributivo.

Al respecto, vale la pena aclarar que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en virtud de lo dispuesto en Ley 1151 de 2007, cuenta con competencia para adelantar las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social; y para el cumplimiento de dicho fin, puede hacer uso del cruce de información con las autoridades tributarias, instituciones financieras y otras entidades que administren información reservada, según lo prescribe el artículo 1º del Decreto 169 de 2008⁸.

Aunado a lo anterior, el parágrafo 1º del artículo 227 de la Ley 1450 de 2011, estableció que la UGPP tiene acceso a la información tributaria de que tratan los artículos 574 y el

⁸ Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.

Capítulo III, del Título II, del Libro V del Estatuto Tributario, en aras del cumplimiento de su labor de fiscalización:

“PARÁGRAFO 1º. Para el reconocimiento de derechos pensionales y el cumplimiento de la labor de fiscalización de competencia de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), esta tendrá acceso a la información alfanumérica y biográfica que administra la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a la tributaria de que trata el artículo 574 y el Capítulo III del Título II del Libro V del Estatuto Tributario que administra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. La UGPP podrá reportar los hallazgos a las Administradoras del Sistema de Protección Social, para que adelanten las acciones bajo su competencia. Para estos efectos la UGPP requerirá a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dentro de lo de su competencia, para obtener la información necesaria.”

Adicionalmente, la Ley 1607 de 2012 confirió a la UGPP potestad para adelantar las acciones de determinación, sancionatorias y de cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social, respecto de los omisos e inexactos, y le otorgó facultad de adelantar el cobro de la mora en aquellos casos que lo considere conveniente, directamente y de forma preferente.

Del Ingreso Base de Cotización –IBC de los trabajadores independientes.

El artículo 1º del Decreto Reglamentario 510 de 2003⁹, dispuso lo siguiente:

*“Artículo 1º. De conformidad con lo previsto por el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003, **las personas naturales que prestan directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, deberán estar afiliados al Sistema General de Pensiones y su cotización deberá corresponder a los ingresos que efectivamente perciba el afiliado.** Para este propósito, él mismo deberá declarar en el formato que para tal efecto establezca la Superintendencia Bancaria, ante la administradora a la cual se afilie, el monto de los ingresos que efectivamente percibe, manifestación que se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento.*

El afiliado deberá actualizar dicha información, cuando se produzcan cambios significativos en sus ingresos, es decir, en más del 20%, respecto de su declaración inicial y, en todo caso, por lo menos una vez al año dentro de los dos primeros meses.

*Lo anterior, se efectuará sin perjuicio, de que se realicen los descuentos directos que establezca el Gobierno Nacional en desarrollo del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003 y **así mismo, de que cuando se realicen los cruces de información previstos por el literal f) del parágrafo 1º de dicho artículo y se establezca que los aportes realizados son inferiores a los debidos, el afiliado deba realizar los aportes correspondientes.***

⁹ Por medio del cual se reglamentan parcialmente los artículos 3º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10 y 14 de la Ley 797 de 2003.

El párrafo¹⁰ de esta norma, señala que, se entiende por ingresos efectivamente percibidos por el afiliado, aquellos que él mismo recibe para su beneficio personal; y dispone que podrán deducirse las sumas que el afiliado recibe y que debe erogar para desarrollar su actividad lucrativa, en las mismas condiciones previstas por el artículo 107 del Estatuto Tributario.

Para efectos del cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, además de lo previsto en la norma anterior, debe tenerse en cuenta también el artículo 6° de la Ley 797 de 2003 *“Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”*, el cual establece:

“ARTÍCULO 6°. El artículo 19 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 19. Base de cotización de los trabajadores independientes. Los afiliados al sistema que no estén vinculados mediante contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o como servidores públicos, cotizarán sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilien, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos.

Quando se trate de personas que el Gobierno Nacional haya determinado que deban ser subsidiadas temporalmente en sus aportes, deberán cubrir la diferencia entre la totalidad del aporte y el subsidio recibido.

En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.”

A lo anterior se agrega que, la Ley 1438 de 2011 *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, consagró la presunción de capacidad de pago y de ingresos, así:

“ARTÍCULO 33. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DE PAGO Y DE INGRESOS.
Se presume con capacidad de pago y, en consecuencia, están obligados a afiliarse al Régimen Contributivo o podrán ser afiliados oficiosamente:

33.1 Las personas naturales declarantes del impuesto de renta y complementarios, impuesto a las ventas e impuesto de industria y comercio.

33.2 Quienes tengan certificados de ingresos y retenciones que reflejen el ingreso establecido para pertenecer al Régimen Contributivo.

33.3 Quienes cumplan con otros indicadores que establezca el Gobierno Nacional.

Lo anterior, sin perjuicio de poder ser clasificado como elegible al subsidio por medio del Sisbén, de acuerdo con las normas sobre la materia.

¹⁰ *“Párrafo. Se entiende por ingresos efectivamente percibidos por el afiliado, aquellos que él mismo recibe para su beneficio personal. Para este efecto, podrán deducirse las sumas que el afiliado recibe y que debe erogar para desarrollar su actividad lucrativa en las mismas condiciones previstas por el artículo 107 del Estatuto Tributario.”*

El Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas. En caso de existir diferencias entre los valores declarados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y los aportes al sistema estos últimos deberán ser ajustados.”

Adicional a lo expuesto, el artículo 3º del Decreto 510 de 2003, dispuso lo siguiente:

*“Artículo 3º. La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, **límite este que le es aplicable al Sistema de Seguridad Social en Salud.** Este límite se aplicará a las cotizaciones cuyo pago debe efectuarse a partir del mes de marzo.”*

En conclusión, los trabajadores independientes con capacidad de pago, que presten sus servicios bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, deberán cotizar al Sistema de Seguridad Social Integral, en forma obligatoria, sobre los ingresos efectivamente percibidos, descontando las expensas necesarias para desarrollar la actividad productora de renta, en los términos que prevé el artículo 107 del Estatuto Tributario.

Primer problema jurídico

¿Se encontraba el demandante en la obligación de afiliarse en condición de cotizante y aportar al sistema de Seguridad Social Integral en el Subsistema de Salud por los periodos de enero a diciembre de 2015?

Dentro del plenario se determinó, que los ingresos percibidos por el señor Heriberto Ríos Beltrán son resultado de su actividad de venta de café Pergamino.

De esta manera, al percibir ingresos a través de la venta de café, el demandante es considerado un rentista de capital, pues es una persona natural que obtiene la mayor parte de sus ingresos del capital que ha invertido en diferentes rubros que le representan una ganancia, utilidad, rendimiento o remuneración.

En este sentido, atendiendo a la normativa en cita y a los medios de prueba que obran en el expediente, la Sala encuentra que para el caso particular de los rentistas de capital como lo indicó la norma, son trabajadores independientes (artículo 25 del Decreto 806 de 1998), condición que ostenta el demandante.

Así mismo, la H. Corte Constitucional a través de la [Sentencia C-578 de 2009](#), incluye a los rentistas de capital en la categoría de trabajadores independientes:

“(…) si bien con la expresión “trabajadores independientes” se incurre en un defecto técnico al otorgar a los “independientes con capacidad de pago” la calidad de “trabajadores”, no por ello la norma deviene inconstitucional, en

la medida que una comprensión amplia de la expresión permite incluir dentro de tal concepto de trabajadores independientes el de "rentistas" tal como en su momento lo señaló el Decreto 3063 de 1989, en su artículo 15, según el cual es trabajador independiente toda "persona natural que ejerce personal y directamente una profesión, oficio o actividad económica, con o sin trabajadores a su servicio, sin sujeción a contrato de trabajo", con lo cual se concluye que la expresión trabajadores independientes incluye a todas las personas económicamente activas."(Subraya fuera del texto)

Teniendo claro lo anterior, el 153 de la Ley 100 de 1993, dispone que la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia; en igual sentido el artículo 156 ibídem, señala que todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

A su vez, el numeral 1º, literal A) del artículo 157 de la misma legislación, establece que los trabajadores independientes con capacidad de pago, deberán afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante las normas del régimen contributivo, previendo igualmente la existencia de afiliados al régimen subsidiado por no tener capacidad de pago para cubrir el monto total de la obligación:

"ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana

(...)."(Subraya de la Sala).

Conforme a lo anterior, resulta claro que la Ley 100 de 1993 "*Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones*", señaló quienes son los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y dentro de estos, determinó los sujetos que se encuentran obligados a afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo, incluyendo de forma expresa a los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Así las cosas, no hay duda que los obligados a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como sujetos pasivos de dicha contribución parafiscal, resultan ser, entre otros, los trabajadores independientes con capacidad de pago como lo son los rentistas de capital, condición que ostentó el hoy demandante durante los periodos que fueron objeto de fiscalización por la UGPP, al desarrollar actividades económicas por cuenta propia, esto es, sin tener contrato laboral o relación legal y reglamentaria, de las cuales percibió ingresos superiores a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2015, contando así con los recursos económicos para afiliarse al Sistema y realizar aportes a salud mediante el régimen contributivo.

Como se puede observar, la UGPP logró probar la capacidad de pago del señor **HERIBERTO RÍOS BELTRÁN**, para los periodos fiscalizados, mediante el cruce de información con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, al constatar que reportó en su declaración de renta y complementarios del año gravable 2015, un total de ingresos por la suma de \$4.240.955.000.00 por concepto de otros -ventas.

En este punto considera la Sala señalar que la información registrada en el denuncia rentístico, es prueba legal e idónea de los ingresos obtenidos por el demandante durante los periodos objeto de fiscalización, por ende, la obligación de afiliarse y hacer aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud; circunstancia que invierte la carga de la prueba, debiendo ser el contribuyente quien desvirtúe que la totalidad de valores consignados en su declaración, no constituyen ingresos y, por lo tanto, no es responsable del pago de aportes parafiscales o lo es por un menor valor¹¹.

Ahora bien, el señor **HERIBERTO RÍOS BELTRÁN** no discute el valor de los sus ingresos, discute es su calidad de rentista de capital, señalando que no debe ser asimilado a los trabajadores independientes, de tal suerte que no le asiste obligación alguna a afiliarse al Sistema General de Seguridad Social.

Así entonces, observa esta Sala que los argumentos expuestos en los actos acusados se encuentran acorde con la situación particular del demandante, en virtud de la cual se dio apertura al proceso administrativo de fiscalización y determinación de aportes parafiscales, que culminó con la Resolución n° RDO-2018-00189 del 08/06/2018 a través de la cual se profiere liquidación oficial por omisión en la afiliación y/o vinculación e inexactitud en las autoliquidaciones y pagos de los aportes al Sistema de Seguridad Social

¹¹ Sobre este particular el Consejo de Estado precisó "... que una vez cuestionada por parte del ente tributario la presunción de veracidad que ampara en principio lo declarado, la carga de la prueba le pertenece exclusivamente al contribuyente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, de donde las sumas a deducir deben no solo corresponder a los conceptos enunciados y haber sido pagadas a los beneficiarios contemplados en la ley, sino estar debidamente soportadas y contabilizadas, es decir plenamente demostradas." Consejo de Estado, Sección Cuarta sentencia del 13 de agosto de 2009, Consejero ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, Radicación numero: 25000-23-27-000-2005-01251-01(16454).

Integral en los subsistemas de salud y pensiones, por los periodos de enero a diciembre de 2015.

Respecto de esta resolución el señor RIOS BELTRÁN, presenta recurso de reconsideración, en el cual insiste que no le asiste obligación alguna a aportar al Sistema General de Seguridad Social dada su calidad de rentista de Capital.

No hay duda entonces que, la conducta de omisión en la afiliación y pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por los 12 periodos del 2015, determinada por la UGPP en el acto administrativo demandado, no ha sido desvirtuada pues ni siquiera ahora en vía judicial la demandante aporta medio de prueba alguno que evidencie lo contrario.

Por todo lo expuesto, concluye esta Sala que el actor debió afiliarse al SGSS, y cotizar al Sistema de Seguridad Social Integral en el Subsistema Salud, por los periodos de enero a diciembre de 2015, como lo determinó la UGPP.

2. ¿Cuál es el Ingreso base de Cotización sobre el cual debía liquidar y pagar los aportes a Salud por los periodos fiscalizados?

En lo que respecta al ingreso base de cotización que debe tenerse en cuenta para la liquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en el Subsistema de Salud, la Ley 100 de 1993, en su artículo 19 modificado por el artículo 6º de la Ley 797 de 2003, dispuso que los afiliados al sistema que no estén vinculados mediante contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o como servidores públicos, cotizarán sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilien, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos.

A su vez el parágrafo del artículo 1º del Decreto 510 de 2003 señala que se entiende por ingresos efectivamente percibidos por el afiliado, aquellos que él mismo recibe para su beneficio personal, con la posibilidad de deducir las sumas que recibe y que debe erogar para desarrollar su actividad lucrativa en las mismas condiciones previstas por el artículo 107 del Estatuto Tributario.

El artículo 3º del decreto estableció que la base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el SGSSS; y el artículo 5º ibídem, reguló el límite de la base de cotización, determinando que para todos los casos, la base gravable no podía ser inferior a 1 S.M.L.M.V. ni mayor a 25 S.M.L.M.V.

Partiendo del recuento normativo, no puede desconocerse que antes de la Ley 1753 de 2015, para el caso de los trabajadores independientes con capacidad económica, cuyos ingresos no provengan de un contrato laboral o de una relación legal y reglamentaria, claramente existía una base gravable para liquidar y pagar los aportes parafiscales correspondientes, prevista en el literal a) del artículo 3º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con el Decreto 510 de 2003, esto es, sobre la totalidad de los ingresos percibidos por el demandante durante los períodos fiscalizados, normativa que acató la UGPP en las resoluciones enjuiciadas, razón por lo cual no prospera el cargo de nulidad que se alega en la demanda, referente a la infracción de las normas en que debían fundarse los actos administrativos.

Ahora bien, el artículo 107 del E.T., prevé que son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad.

El Consejo de Estado, al estudiar los presupuestos esenciales de los costos y deducciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del E.T., indicó:

“Si se contextualiza el marco general de las deducciones basados en la norma transcrita, se observa que desde el inicio la norma sujeta el término “deducción” a una relación directa con que se genere “en desarrollo de una actividad productora de renta”.

Es pues, por expreso mandato de la Ley, que para que una erogación se convierta en deducción, no es dable que se cancele porque el contribuyente así lo disponga, sino porque haya tenido verdadera necesidad de efectuarla, y que sin ella fuera imposible obtener la renta declarada, vale decir que sea indispensable para la obtención de la renta bruta.

Se resalta entonces que, en materia tributaria, sólo son aceptables como deducción las expensas que tengan relación de causalidad, que sean necesarias y proporcionadas respecto del ingreso percibido; de lo contrario, sólo son admitidas las deducciones expresamente reconocidas por la ley, siendo la aplicación de éstas últimas de carácter restrictivo, como quiera que responden a una excepción fiscal.

Además, la misma ley especifica cada uno de los requisitos esenciales para la aceptación de las mismas en los siguientes términos: “CAUSALIDAD: Es el vínculo que guardan los gastos realizados con la actividad productora de renta”. “NECESIDAD: El requisito de la necesidad del gasto, debe establecerse en relación con el ingreso y no con la actividad que lo genera; basta con que sea susceptible de generarlo o de ayudar a generarlo”, y “PROPORCIONALIDAD: Este presupuesto exige que la expensa guarde una proporción razonable con el ingreso (magnitud del gasto y beneficio que pueda generarse).”¹² (Negrilla y subrayas del Despacho).

¹² Consejo de Estado, Sección Cuarta sentencia del 13 de agosto de 2009, Consejero ponente: Martha Teresa Briceño De Valencia, Radicación número: 25000-23-27-000-2005-01251-01(16454).

Queda claro entonces, que cualquier gasto que se realice por parte de un contribuyente, aun estando debidamente contabilizado y soportado, solo tendrá la calidad de deducible en materia fiscal si cumple los presupuestos antedichos.

Aplicando lo anterior al caso en concreto, encuentra la Sala que el demandante debía cotizar al régimen contributivo de salud, sobre la totalidad de los ingresos efectivamente percibidos durante los periodos objeto de fiscalización, pudiendo deducir las expensas de su actividad económica.

Conforme a lo anterior, observa la Sala que para efectos de determinar la base de la contribución, la UGPP se basó en los ingresos brutos obtenidos por el contribuyente en su declaración de renta y complementarios, sin embargo no descontó de los ingresos brutos que el contribuyente refirió en esa declaración como costos y gastos, lo que a juicio de la sala es una inconsistencia, pues si toma como fundamento probatorio para obtener los ingresos brutos la declaración de renta del contribuyente, es lo más lógico que deduzca de la misma declaración los costos y gastos declarados, máxime que es la autoridad tributaria DIAN la única entidad que tiene competencia para revisar los costos y gastos, a menos que la misma UGPP haya hecho una investigación para la determinación del ingreso, más se limitó a revisar los informados en la declaración de renta, pues debe deducir los costos y gastos allí declarados por el actor.

Conforme a lo anterior, se deberá declarar la nulidad parcial del acto demandado, en atención en que no depuró la base para liquidar la obligación ante el Sistema de Seguridad Social.

Restablecimiento del Derecho.

Consecuencia de la nulidad parcial así declarada, deberá la UGPP liquidar nuevamente la obligación del contribuyente por los períodos correspondientes, teniendo en cuenta disminuir de la base, los costos y gastos declarados por el contribuyente en la declaración de renta y complementarios de ese año gravable 2015.

Así mismo, esta nueva imposición se constituirá en la base para liquidar la sanción correspondiente.

COSTAS:

Conforme a lo señalado en la nueva disposición del artículo 188 del CPACA, y como no se evidencia una falta absoluta de razón para demandar, además de que se obtuvo una nulidad parcial, no se condenará en costas en este proceso.

Es por lo expuesto que **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: DECLARAR la nulidad parcial de la Liquidación Oficial Resolución n° RDO 2018-01897 del 08 de junio de 2018 y de la Resolución n° RDC 2019-00819 del 30 de mayo de 2019, expedidas por la UGPP contra el actor **HERIBERTO RÍOS BELTRÁN**, por concepto de contribuciones parafiscales de la protección social en los periodos comprendidos entre enero a diciembre de 2015.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, la UGPP deberá expedir una nueva liquidación oficial de revisión, en la que se tendrá en cuenta los costos y gastos declarados en la declaración de renta y complementarios por el contribuyente en el año 2015, objeto de la determinación de la obligación, y de contera liquidar la nueva sanción por no declarar.

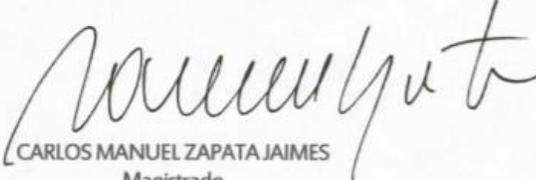
TERECERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: NO SE CONDENA EN COSTAS,

QUINTO 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.

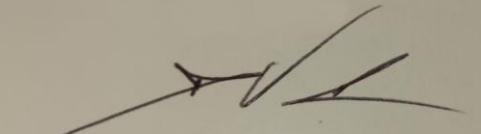
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 04 de marzo de 2021, conforme Acta No. 010 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado (E) Despacho 02



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. 041 del 09 de marzo de 2021.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 57

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-003-2017-00450-02
Demandante: José Vicente Ávila Vélez
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 009 del 5 de marzo de 2021

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del nueve (9) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Vicente Ávila Vélez contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR².

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 3 de octubre de 2017, se solicitó lo siguiente (fls. 2 a 7, C.1):

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, CASUR.

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nº 2213 del 25 de abril de 2012, expedida por el Director General de CASUR, con la cual se reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del señor José Vicente Ávila Vélez, teniendo en cuenta los Decretos 1213 de 1990 y 1791 de 2000, que estaban derogadas por el Decreto 4433 de 2004.
2. Que se declare la nulidad del Oficio nº E-00003-201718145-CASUR Id: 257482 del 22 de agosto de 2017, emitido por el Director General de CASUR, con el cual negó la solicitud de reliquidación y pago de las primas de actividad y de antigüedad en la asignación de retiro, tal como lo dispone el numeral 24.2 del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004.
3. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a CASUR a reajustar la asignación de retiro que devenga la parte actora, en cuantía del 78% de las primas de antigüedad y de actividad, en los términos previstos por el numeral 24.2 del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 23 ibídem.
4. Que se condene a CASUR a pagar a favor de la parte actora las diferencias que resulten entre lo pagado y lo que resulte de aplicar el numeral 24.2 del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el 56% por prima de antigüedad y el 28% por prima de actividad.
5. Que se declare la prescripción cuatrienal de los derechos que le sean reconocidos a la parte accionante, conforme lo establece el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, esto es, a partir del 15 de agosto de 2013.
6. Que se condene a la entidad demandada a pagar intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA.
7. Que se condene a la accionada al pago de costas procesales, así como de agencias en derecho, teniendo en cuenta la conducta asumida por aquella.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fl. 2 vuelto a 4, C.1):

1. El señor José Vicente Ávila Vélez ingresó a la Policía Nacional como agente alumno el 10 de febrero de 1992 y se retiró del servicio activo el 11 de enero de 2012, para un total de 22 años y 21 días de tiempo laborado.
2. Mediante Resolución nº 2213 del 25 de abril de 2012, CASUR reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del señor José Vicente Ávila Vélez, efectiva a partir del 11 de abril de 2012, en cuantía equivalente al 78% del sueldo básico de un agente de la Policía Nacional en actividad, para el grado y partidas legalmente computadas, de conformidad con los Decretos 1213 de 1990 y 1791 de 2000.
3. Para la fecha de retiro del servicio activo del actor, la norma aplicable para el reconocimiento, liquidación y pago de la asignación mensual de retiro era el Decreto 4433 de 2004, que había derogado los Decretos 1213 de 1990 y 1791 de 2000, fijando para las primas de antigüedad y de actividad unos porcentajes superiores a los establecidos anteriormente.
4. La parte actora elevó solicitud a CASUR tendiente a obtener el reajuste de su asignación de retiro conforme al porcentaje establecido en el Decreto 4433 de 2004 para las primas de antigüedad y de actividad.
5. Con Oficio nº E-00003-201718145-CASUR Id: 257482 del 22 de agosto de 2017, el Director General de CASUR negó el reajuste solicitado.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: Constitución Política: preámbulo y artículos 2, 4, 58, 83 y 241; Ley 923 de 2004; y Decreto 4433 de 2004: artículos 23 y 24.

Explicó la parte actora que para la fecha en que se produjo su retiro del servicio, se encontraba vigente el Decreto 4433 de 2004, que contempló la garantía de que la asignación mensual de retiro se liquidara con las partidas de prima de actividad y prima de antigüedad, conforme al porcentaje del tiempo laborado en la institución policial, en este caso, con el 78%.

Manifestó que el acto de reconocimiento pensional se expidió con base en dos normas derogadas (Decretos 1213 de 1990 y 1791 de 2000), desconociendo el derecho adquirido que le asistía a la parte demandante de que su prestación le fuera reconocida con base en el Decreto 4433 de 2004, lo que a su vez vulnera el poder adquisitivo de la asignación de retiro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del término legal correspondiente, CASUR respondió la demanda promovida (fls. 33 a 46, C.1), en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que los porcentajes de los rubros con los que le fue reconocida la asignación de retiro a la parte actora se encuentran ajustados al Decreto 4433 de 2004, normativa vigente para la época de retiro.

Explicó que a la parte actora se le reconoció asignación mensual de retiro tomando como partidas computables el 78% del sueldo básico en actividad para su grado, el 50% de prima de actividad, el 22% de prima de antigüedad, el 39% del subsidio familiar y una duodécima parte de la prima de navidad.

Expuso que el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 23 y 24 habla de partidas computables y no de que cada una de las primas se deba elevar al 78%, tal como lo considera en sus pretensiones la parte demandante. Por lo anterior, solicitó negar las súplicas de la demanda, pues lo que en realidad busca la parte actora con la aplicación del 78% de que trata el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 es que antes de la liquidación de la asignación de retiro se incremente el valor de la prima de antigüedad y de la prima de actividad sobre el 78% del sueldo básico que percibía, situación que no se ajusta a la normativa.

Añadió que el principio de oscilación o nivelación de las asignaciones de retiro, aplicable de manera exclusiva a la Fuerza Pública, tiene como finalidad preservar el derecho a la igualdad entre el personal activo y retirado, y su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra de los principios rectores contenidos en la Ley 4ª de 1992.

Resaltó que de ninguna manera el Decreto 4433 de 2004 prevé que las partidas de prima de antigüedad y prima de actividad deban cada una equivaler al 78% del salario básico.

Propuso como excepciones las que denominó: "**COBRO DE LO NO DEBIDO**", con fundamento en que al accionante no le asiste derecho al reajuste de la asignación de retiro que pretende, pues CASUR reconoció dicha prestación conforme a lo previsto por el Decreto 4433 de 2004; e "**INEXISTENCIA DEL DERECHO – FALTA DE FUNDAMENTO JURIDICO** (sic) **DE LAS PRETENSIONES**", teniendo en cuenta que el porcentaje de los rubros con los cuales fue reconocida la asignación de retiro de la parte

accionante se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico vigente para dicha época, específicamente con los artículos 23 y 24 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente manifestó que en caso de que prosperen las pretensiones parcialmente, el Juez puede abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

LA SENTENCIA APELADA

El 9 de noviembre de 2018, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (fls. 61 a 64, C.1), con la cual negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Precisó inicialmente que contrario a lo manifestado por la parte actora, CASUR aplicó el Decreto 4433 de 2004 para el reconocimiento y liquidación de la asignación de retiro.

A continuación, citó los artículos 23 y 24 del Decreto 2070 de 2003, relacionados con las partidas computables y el monto de la asignación de retiro; y manifestó que dicho decreto no modificó los porcentajes previstos por el Decreto 1213 de 1990 en sus artículos 30 y 33.

Indicó que al analizar la hoja de servicios del accionante, se observa que en el último salario devengado por aquel se había incluido el 50% del sueldo básico por concepto de prima de actividad, y el 21% del sueldo básico por prima de antigüedad; porcentajes que consideró ajustados a los artículos 30 y 33 del Decreto 1213 de 1990 para un agente con 22 años de servicios.

Sostuvo que al haber prestado 22 años de servicios en la Policía Nacional, el demandante tenía derecho a que su asignación de retiro se liquidara de conformidad con el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, esto es, con el 78%, de los cuales 62% correspondieron a los primeros 18 años y el 16% restante a los siguientes cuatro años.

En ese sentido, estimó que la liquidación de la asignación de retiro de la parte actora se encontraba ajustada a la normativa aplicable, y que no era procedente aumentar hasta el 78% las primas de actividad y de antigüedad devengadas en servicio activo, por cuanto ese no fue el querer del legislador, pues lo contrario implicaría aceptar que el demandante devengara una asignación de retiro superior a lo percibido en actividad, lo cual es inconcebible en cualquier sistema pensional.

Explicó que de conformidad con el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, los porcentajes mencionados en la norma se aplican sobre las sumas devengadas en actividad, sin que se advierta la posibilidad de realizar aumentos sobre las partidas computables para efectos de la liquidación de la asignación de retiro.

Declaró entonces probadas las excepciones propuestas por la entidad accionada y condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte actora interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (fls. 66 y 67, C.1), solicitando su revocatoria con fundamento en los siguientes argumentos.

Aseguró inicialmente que de la lectura del acto administrativo de reconocimiento se desprende que para reconocer y pagar las partidas computables de prima de actividad y prima de antigüedad en la asignación de retiro, la entidad demandada aplicó tanto el Decreto 4433 de 2004 como los Decretos 1213 de 1990 y 1791 de 2000.

Señaló que de la primera norma mencionada se aplicó el porcentaje del 78% correspondiente al sueldo básico, pero respecto de las partidas computables de prima de actividad y prima de antigüedad, se acudió a los porcentajes establecidos en los artículos 30 y 33 del Decreto 1213 de 1990.

Indicó que tanto el acto administrativo de reconocimiento como el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 23 y 24 –24.1 y 24.2– establecen las partidas computables y los porcentajes a reconocer en cada una de ellas, por lo que el numeral 24.1 hace remisión al artículo 24 *ibídem*, entonces no habría razón alguna para traer a colación otras normas para liquidar y reconocer las partidas computables de primas de actividad y antigüedad, como por ejemplo el Decreto 1213 de 1990.

Manifestó que aunque es cierto que el Decreto 4433 de 2004 no modificó los porcentajes correspondientes a la prima de actividad y de antigüedad que reciben los agentes de policía en servicio activo, por lo que se mantienen los montos del Decreto 1213 de 1990, lo cierto es que éste es de aplicación exclusiva para quienes se encuentran en servicio activo y no para los de retiro, porque para estos se aplican los artículos 100, 101 y 104 del citado

Decreto 1213, que en relación con este asunto sí fue derogado por el Decreto 4433 de 2004, tal y como lo establece el artículo 45.

Finalmente, sobre la condena en costas indicó que echa de menos el criterio objetivo valorativo, según el artículo 188 del CPACA, ya que una imposición así impide ejercer el derecho de defensa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 10 y 11, C.3)

Reiteró en esencia lo manifestado en el recurso de apelación interpuesto. Acotó que para la condena en costas impuesta, el Juez *a quo* no hizo el más mínimo razonamiento para establecer si aquella procedía o si su causación se encontraba acreditada en el expediente.

Parte demandada (fls. 12 a 22, C.3)

Intervino para solicitar se confirme la providencia recurrida, con fundamento en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 18 de diciembre de 2018, y allegado el 17 de enero de 2019 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.3).

Admisión y alegatos. Por auto del 27 de febrero de 2019 se admitió el recurso de apelación (fl. 4, C.3); posteriormente se corrió traslado para alegatos (fl. 7, *ibídem*), derecho del cual hicieron uso ambas partes (fls. 10 y 11 y 12 a 22, C.3). El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 19 de julio de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 23, C.3), la que se dicta en seguida atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquél fue formulado.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho al señor José Vicente Ávila Vélez a que se reajuste su asignación de retiro, incluyendo en la liquidación de la prestación las primas de actividad y de antigüedad en un porcentaje del 78% del sueldo básico para cada una?*
- *¿Procede en el caso concreto la condena en costas impuesta por el Juez de primera instancia?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos acreditados; **ii)** régimen aplicable a la parte actora; **iii)** reconocimiento y liquidación de la asignación mensual de retiro con base en el Decreto 4433 de 2004; **iv)** examen del caso concreto; y **v)** condena en costas en primera instancia.

1. Hechos acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. De conformidad con la Hoja de Servicios n° 10280888 del 28 de febrero de 2012 (fl. 8, C.1), se encuentra acreditado que el señor José Vicente Ávila Vélez prestó sus servicios a la Policía Nacional por un lapso de 22 y 21 días. Consta igualmente que se retiró de la institución el 11 de enero de 2012 y que los tres meses de alta los cumplió el 11 de abril de 2012.
2. Consta en la referida Hoja de Servicios, que además del sueldo básico y otros factores salariales, el señor José Vicente Ávila Vélez devengó prima de antigüedad en un 21%, y prima de actividad en un 50%.
3. Con Resolución n° 2213 del 25 de abril de 2012 (fl. 9, C.1), CASUR reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del señor José Vicente Ávila Vélez, a partir del 11 de abril de 2012, en

cuantía del 78% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables.

Se indicó en la parte motiva de dicho acto que de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1213 de 1990, 1791 de 2000 y 4433 de 2004, era procedente reconocer asignación mensual de retiro en cuantía equivalente al 78% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, incluido un 39% por concepto de subsidio familiar.

4. La asignación de retiro del señor José Vicente Ávila Vélez se liquidó de la siguiente manera (fl. 13, C.1):

FACTOR SALARIAL	PORCENTAJE	VALOR
Sueldo para el grado		\$795.698
Prima de antigüedad	22%	\$175.054
Prima de actividad	50%	\$397.849
Subsidio familiar	39%	\$310.322
Prima de navidad (1/12)		\$139.910
TOTAL		\$1'818.833
VALOR MESADA ASIGNACIÓN DE RETIRO: \$1'818.833 x 78%		\$1'418.690

5. El 15 de agosto de 2017, el señor José Vicente Ávila Vélez elevó solicitud a CASUR, tendiente a obtener el reajuste de su asignación de retiro con fundamento en el Decreto 4433 de 2004, esto es, incluyendo el 78% de las primas de actividad y de antigüedad (fls. 10 y 11, C.1).
6. Por Oficio n° E-00003-201718145-CASUR Id: 257482 del 22 de agosto de 2017 (fl. 12, C.1), CASUR negó la solicitud presentada por la parte accionante.

2. Régimen aplicable a la parte actora

Adujo la parte demandante en su recurso de apelación que contrario a lo manifestado por el Juez de primera instancia, para el reconocimiento y liquidación de la asignación de retiro, CASUR no tuvo en cuenta la norma que se encontraba vigente para el momento en el cual el accionante se retiró del servicio, esto es, el Decreto 4433 de 2004.

Por lo anterior, pasa esta Sala a establecer de manera preliminar cuál es el régimen aplicable para el reconocimiento y liquidación de la asignación de

retiro del señor José Vicente Ávila Vélez, para posteriormente determinar si aquél fue tenido en cuenta o no en la citada prestación.

El Consejo de Estado³ ha señalado que el momento en que se produce el retiro del servicio, surge el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro.

Conforme a la Hoja de Servicios del señor José Vicente Ávila Vélez, se encuentra acreditado que éste se retiró del servicio el 11 de enero de 2012, fecha a partir de la cual se contabilizaron los tres meses de alta⁴ para efectos prestacionales, y que además permite establecer la norma que rige el reconocimiento de la asignación de retiro.

Para el 11 de enero de 2012, el Decreto 4433 de 2004 reformó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, derogando las disposiciones que le fueran contrarias y, en especial, entre otros, el artículo 125 del Decreto 1213 de 1990.

Se concluye entonces que para el reconocimiento y liquidación de la asignación mensual de retiro de la parte demandante, debía aplicarse el Decreto 4433 de 2004, pues para la fecha de retiro del actor (11 de enero de 2012), aquella norma se encontraba vigente.

Lo anterior no obsta, como se indicará más adelante, la aplicación del Decreto 1213 de 1990 en los aspectos no regulados por el Decreto 4433 de 2004 y que no le fueran contrarios.

3. Reconocimiento y liquidación de la asignación mensual de retiro con base en el Decreto 4433 de 2004

Como se señaló anteriormente, el Decreto 4433 de 2004 reformó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

En relación con la manera de reconocer y liquidar la asignación de retiro para los agentes de la Policía Nacional, los artículos 23 y 24 de la norma mencionada establecieron lo siguiente:

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 4 de septiembre de 2017. Radicación número: 17001-23-33-000-2015-00061-01(0256-16).

⁴ El Consejo de Estado ha indicado que los tres meses de alta corresponden a un período señalado por ley (artículo 106 del Decreto 1213 de 1990), durante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional conforma el expediente con el cual se procederá al reconocimiento de la asignación de retiro. Ha acotado que en ese lapso se perciben las partidas que se vienen devengando antes del retiro, y que su reconocimiento tiene efecto solamente en la parte prestacional (ver nota al pie n° 4).

ARTÍCULO 23. PARTIDAS COMPUTABLES. *La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

23.1.9 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

(...)

PARÁGRAFO. *En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.*

ARTÍCULO 24. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES Y AGENTES DE LA POLICÍA NACIONAL EN ACTIVIDAD. *Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir*

de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.

24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior, se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 1o. *Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:*

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO 2o. *Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.*

Analizados los Decretos 1213 de 1990 y 4433 de 2004 en lo que respecta a las partidas computables y a la manera de liquidar la asignación de retiro, se extraen los siguientes dos cambios fundamentales en la materia:

1. La tasa de reemplazo que traía el Decreto 1213 de 1990, esto es, del 50% del monto de las partidas computables por los primeros 15 años de servicio, más un 4% por cada año que excediera los 15 años sin que el total sobrepasara el 85% de los haberes de actividad⁵, con el Decreto 4433 de 2004 pasó a ser del 62% del monto de las partidas computables por los primeros 18 años de servicio, adicionando un 4% por cada año que excediera de los 18 y hasta los 24 años, sin sobrepasar el 85%, y un 2% adicional por cada año después de los 24 años, sin que el total sobrepasara el 95% de las partidas computables.
2. Mientras que el Decreto 1213 de 1990 consagró que para la liquidación de la asignación de retiro se tendría en cuenta la prima de actividad en un 20% del sueldo básico para los agentes con más de 20 años de servicios⁶; el Decreto 4433 de 2004 no fijó si la prima de actividad se

⁵ **“ARTICULO 104. Asignación de retiro.** Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Agentes que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 100, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Agentes retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación”.

⁶ **“Artículo 100. Bases de liquidación.** A partir de la vigencia del presente Decreto a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas, sobre las siguientes partidas, así:

a. Sueldo básico.

b. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

c. Prima de antigüedad.

d. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

e. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme al artículo 46 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 53 de este Decreto.

Parágrafo. Si la bonificación a que se refiere el presente artículo se incorpora al sueldo básico del personal de la Fuerza Pública en servicio activo, tendrá el mismo comportamiento en la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales y por tanto desaparecerá como bonificación.

ARTICULO 101. Cómputo prima de actividad. A los Agentes que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.

computaría en un algún porcentaje específico en la citada prestación, sino que simplemente dispuso que la tasa de reemplazo se aplicaría sobre el monto de las partidas computables enlistadas.

De acuerdo con lo anterior, considera el Tribunal que en los eventos en los que el régimen aplicable es el consagrado en el Decreto 4433 de 2004, la asignación mensual de retiro se liquida con la tasa de reemplazo que corresponda atendiendo el número de años de servicio, sobre el monto de las partidas computables señaladas en el artículo 23.

4. Examen del caso concreto

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que, dado que el régimen aplicable al señor José Vicente Ávila Vélez era el contenido en el Decreto 4433 de 2004, la asignación mensual de retiro para dicho ex agente de la Policía Nacional que contaba con más de 22 años de servicio, correspondía al 78% (62% por los primeros 18 años + 16% por los siguientes 4 años) del monto de los factores computables señalados en el artículo 23 *ibídem*.

Revisada la resolución de reconocimiento de la asignación de retiro del señor José Vicente Ávila Vélez (fl. 9, C.1), en concordancia con la liquidación hecha por CASUR (fl. 13, *ibídem*), observa esta Sala que la prestación fue reconocida y liquidada atendiendo lo dispuesto por el Decreto 4433 de 2004, como quiera que la tasa de reemplazo para liquidar la prestación fue del 78% sobre el monto de las partidas computables que el demandante devengaba, esto es, sobre el sueldo básico, la prima de actividad, la prima de antigüedad, el subsidio familiar y la doceava parte de la prima de navidad.

Alega la parte recurrente que como el Decreto 4433 de 2004 no indicó el porcentaje en el cual se computarían tanto la prima de actividad como la prima de antigüedad, éstas deben liquidarse en un 78% del sueldo básico, lo cual en criterio de esta Corporación es improcedente, por las siguientes razones.

1. El artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 establece las partidas computables que deben ser tenidas en cuenta para determinar el valor total de la asignación de retiro del personal adscrito a la Policía Nacional, mientras que el artículo 24 de la referida norma señala los

- Para agentes entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.

- Para Agentes con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico”.

topes de las tasas de reemplazo para reconocer esa prestación de conformidad con el tiempo de servicios.

2. En ninguno de los citados artículos ni en los restantes del Decreto 4433 de 2004 se establece que la prima de actividad y la prima de antigüedad deban ser incluidas en la liquidación de la asignación de retiro en el mismo porcentaje con el cual se reconoce la prestación.
3. Así el Decreto 4433 de 2004 no especifique que las primas de actividad y de antigüedad enlistadas como partidas computables son aquellas que estaban siendo devengadas por el ex agente de la Policía Nacional, ese es el entendimiento natural y obvio que este Tribunal le da a la norma, pues lo contrario implicaría que la citada norma introdujo no sólo una modificación al régimen pensional de la Fuerza Pública sino que también lo hizo respecto del salarial y prestacional.
4. El Decreto 1213 de 1990 en sus artículos 30 y 33⁷ previó los montos en los cuales se reconocen la prima de actividad y la prima de antigüedad en servicio activo, dependiendo del tiempo de servicios que lleve el respectivo agente de la Policía Nacional.

Así, para el caso concreto, como el accionante llevaba 22 años y 21 días de servicio para cuando se retiró, para este Tribunal es claro que venía devengando un 21% del sueldo básico por concepto de prima de antigüedad y un 50% del sueldo básico por prima de actividad; porcentajes que no pueden ser incrementados a un 78% del sueldo básico como pretende la parte actora, pues como se dijo, equivaldría a modificar el régimen prestacional de la Fuerza Pública.

5. La interpretación que sobre el Decreto 4433 de 2004 realiza la parte actora llevaría al extremo de, por ejemplo, incluir en la liquidación de la asignación de retiro, el subsidio familiar o la prima de navidad también en un 78%, por cuanto son igualmente partidas computables, lo que es claramente improcedente.

⁷ **“ARTICULO 30. Prima de actividad.** Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido.

(...)

ARTICULO 33. Prima de antigüedad. Los Agentes de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan diez (10) años de servicio tendrán derecho a una prima mensual de antigüedad que se liquidará sobre el sueldo básico, así: a los diez (10) años, el diez por ciento (10%) y por cada año que exceda de los diez (10), el uno por ciento (1%) más”.

6. Debe recordarse que el Decreto 4433 de 2004 derogó expresamente el artículo 125 del Decreto 1213 de 1990, quedando vigentes las demás disposiciones que no fueran contrarias a aquel decreto, dentro de las cuales se encuentran los artículos 30 y 33, que señalaron los montos en los cuales se reconocen las primas de actividad y de antigüedad en servicio activo.
7. La anterior interpretación guarda armonía con el incremento que mediante Decreto 2863 de 2007 se hizo a la prima de actividad de que tratan los Decretos Leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990; lo cual no hubiera acontecido en el evento de tener como monto de tal factor salarial el mismo porcentaje en el que se reconoce la asignación de retiro.
8. Conviene anotar que en sentencia del 7 de marzo de 2013⁸, el Consejo de Estado concluyó para el caso allí analizado que la prima de actividad que había sido incluida en la liquidación de la asignación de retiro en un 25% atendiendo lo dispuesto por el artículo 101 del Decreto 1213 de 1990, correspondía realmente al 55% del sueldo básico, conforme al régimen prestacional vigente en el momento del retiro.

Lo anterior sustenta la posición de este Tribunal en el sentido que el porcentaje en el que el ex agente de la Policía Nacional devengue la prima de actividad o de antigüedad no se modifica ni corresponde a la tasa de reemplazo con la cual se calcula el valor de la asignación de retiro.

Por las razones anteriormente indicadas, estima la Corporación que no hay lugar a reconocer un reajuste de la asignación de retiro en los términos solicitados en la demanda, esto es, con la inclusión en la base de liquidación del 78% de las primas de antigüedad y de actividad y, por ello, se confirmará la decisión de primera instancia.

5. Sobre la condena en costas en primera instancia

Antes de resolver si en el caso particular se encuentran dados los supuestos de procedencia para la condena en costas impuesta, este Tribunal considera necesario precisar que este problema jurídico debe ser resuelto con fundamento en la norma procesal que se encontraba vigente para el momento en el cual se dictó la providencia, esto es, con base en el artículo

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 7 de marzo de 2013. Radicación número: 11001-33-31-010-2007-00575-01(2108-10).

188 del CPACA, sin la adición introducida por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021.

Señalado lo anterior, pasa la Sala a indicar qué comprende el concepto de costas, para lo cual se acude a pronunciamiento del Consejo de Estado⁹, así:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso¹⁰ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP¹¹, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado¹² los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007¹³.

La condena en costas quedó regulada en el CPACA en el artículo 188, el cual, para la época de la sentencia apelada, tenía el siguiente tenor:

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicado: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

¹⁰ Cita de cita: Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

¹¹ Cita de cita: "[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

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

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

¹² Cita de cita: Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

¹³ Cita de cita: Regula la norma como deber de los abogados, el de "...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto"

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

La remisión contemplada por el CPACA debe entenderse hecha, en la actualidad, al artículo 366 del Código General del Proceso – CGP¹⁴.

La Sección Primera del Consejo de Estado ha aclarado que si bien “(...) una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales”¹⁵.

En reciente pronunciamiento¹⁶, el Consejo de Estado ha señalado 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. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación¹⁷, en la que abordó en forma extensa el tema y 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*

¹⁴ En adelante, CGP.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala. Sentencia del 16 de abril de 2015. Radicado: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

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 CGP¹⁸, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Descendiendo al caso concreto, se observa inicialmente que el Juez de primera instancia condenó en costas a CASUR sin efectuar ninguna consideración al respecto.

Lo primero que ha de señalarse es que, conforme a los argumentos antes expuestos, no le asiste razón al apelante al exigir que para la imposición de la condena en costas se revise la conducta por él desplegada en la actuación, pues como se explicó, la norma no contempla un criterio subjetivo.

Ahora, siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, encuentra esta Corporación que los gastos o expensas en los que eventualmente incurrió la parte demandada con ocasión de este proceso no se encuentran acreditados en el

¹⁸ Cita de cita: “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

expediente, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por dicho concepto.

Situación distinta se predica en relación con la fijación de agencias en derecho (concepto que también hace parte de las costas), pues en sentir de esta Sala de Decisión, su imposición se encuentra justificada, como quiera que en el expediente se observa que la entidad demandada fue representada judicialmente por un abogado, en virtud de lo cual dio respuesta a la demanda, intervino en la audiencia inicial y presentó alegatos en segunda instancia.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que en el *sub examine* hay lugar a imponer condena en costas a la parte accionante, únicamente en lo que respecta a las agencias en derecho, cuyo monto se mantendrá por no haber sido objeto de discusión en el recurso de apelación.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales amerita ser modificado, en el entendimiento que la condena en costas a la parte accionante procede únicamente en lo que respecta a las agencias en derecho y no por concepto de gastos o expensas. En lo demás, será confirmada la providencia recurrida, ya que negó las pretensiones de la demanda y fijó agencias en derecho.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda hubiere sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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 segundo de la sentencia del nueve (9) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en el sentido que la condena en costas a la parte accionante procede únicamente en lo que respecta a las agencias en derecho y no por concepto de gastos o expensas.

Segundo. En lo demás, CONFÍRMASE la providencia recurrida, con la cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Vicente Ávila Vélez contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR.

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

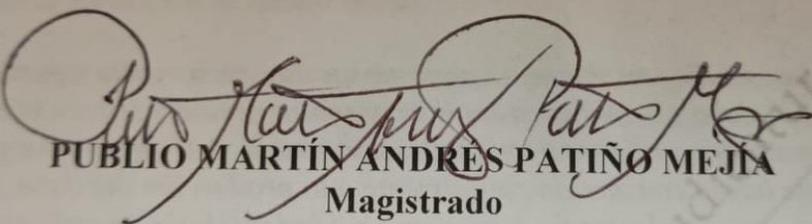
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

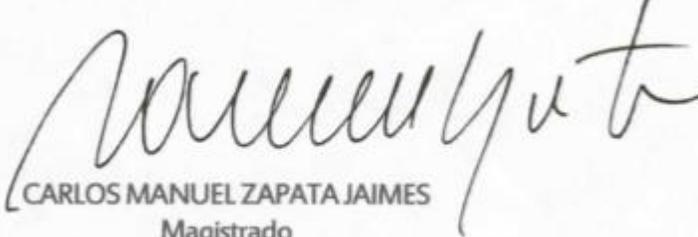
Notifíquese y Cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. **041**
FECHA: **9 de marzo de 2021**

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a single vertical stroke extending downwards from the center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 58

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-004-2019-00194-02
Demandante: Patricia Estella Arredondo Cifuentes
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 009 del 5 de marzo de 2021

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del once (11) de agosto de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Patricia Estella Arredondo Cifuentes contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio².

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 15 de marzo de 2019 (página 2 del documento n° 01 del expediente digital), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto originado con ocasión de la petición presentada el 4 de septiembre de 2018, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevé la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de las cesantías.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria referida.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 60 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando el pago de la misma se hizo efectivo.
4. Que se condene a la parte accionada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, de conformidad con el artículo 187 del CPACA.
5. Que se ordene a la demandada a dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El FOMAG fue creado por el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, y le fue asignada la función de pagar las cesantías a los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial (artículo 15 *ibidem*).
2. Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la parte accionante labora como docente, el 8 de septiembre de 2017 elevó solicitud ante el FOMAG de reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.
3. Con Resolución nº 00000896 del 9 de noviembre de 2017, le fue reconocida a la parte demandante la cesantía solicitada; la cual fue pagada el 5 de junio de 2018.
4. El plazo para cancelar la cesantía requerida vencía el 6 de diciembre de 2017, pero esto sólo se surtió el 5 de junio de 2018, transcurriendo así 176

días de mora contados a partir de los 60 días hábiles que tenía la entidad para el reconocimiento y pago, teniendo en cuenta la renuncia de términos.

5. Debido a falta de información por parte del banco BBVA, la FIDUPREVISORA S.A., y la Nación – Ministerio de Educación Nacional a través de la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, la parte actora no reclamó el pago de sus cesantías parciales desde el primer momento en que fue puesto a su disposición (27 de marzo de 2018), viéndose en la necesidad de solicitar la reprogramación del pago de las mismas y cobrándolo posteriormente el 5 de junio de 2018, fecha esta que será tomada como fecha efectiva del pago de las cesantías parciales.
6. El 4 de septiembre de 2018, la parte accionante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria; petición que fue atendida desfavorablemente en forma ficta o presunta.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 91 de 1989: artículos 5, 9 y 15; Ley 244 de 1995: artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006: artículos 4 y 5; y Decreto 2831 de 2005.

Refirió que a través de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 se reguló el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, señalando un término de quince (15) días para su reconocimiento, contado a partir de la radicación de la solicitud, y cuarenta y cinco (45) días para su pago contado a partir de la expedición del acto administrativo correspondiente.

Manifestó que no obstante que la jurisprudencia ha reiterado que entre el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superar los 70 días hábiles después de haber radicado la respectiva solicitud, el FOMAG insiste en cancelarlas tardíamente, haciéndose acreedor de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, contado desde que venció el término y hasta cuando se haga efectiva la prestación solicitada.

Como fundamento de lo anterior, trajo a colación apartes de varias providencias proferidas por el Consejo de Estado, insistiendo con ello, en que se acceda a las súplicas de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del término legal otorgado, la

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG contestó la demanda (páginas 51 a 57 del documento nº 01 del expediente digital) para oponerse a la prosperidad de las pretensiones con sustento en que el acto atacado está ajustado a derecho.

Expuso que en virtud de las competencias y disposiciones del Decreto 2831 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que paga el FOMAG, son efectuadas a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas o la dependencia que haga sus veces.

Manifestó que dicho decreto es de carácter especial por medio del cual se reglamentó el inciso 2 del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, por la que se creó un procedimiento exclusivo para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG.

Con fundamento en sentencia C-448 de 1996 de la Corte Constitucional y sentencia de unificación del Consejo de Estado, indicó que es improcedente reclamar indexación además de la sanción moratoria, por cuanto se entiende que ésta no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.

Propuso como excepción la que denominó “**COBRO DE LO NO DEBIDO**”, por cuanto la suma por concepto de cesantías quedó a disposición de la parte demandante oportunamente, y fue ésta quien no hizo el retiro en el tiempo establecido, siendo necesario reprogramar la transacción.

LA SENTENCIA APELADA

El 11 de agosto de 2020, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (documento nº 07 del expediente digital), a través de la cual: **i)** declaró no probada la excepción de cobro de lo no debido; **ii)** declaró la nulidad del acto ficto demandado; **iii)** como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho ordenó a la entidad demandada reconocer y pagar a la parte demandante la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo por el período comprendido entre el 22 de diciembre de 2017 y el 26 de marzo de 2018, teniendo como base de liquidación la asignación básica diaria devengada en el año 2017, haciendo las compensaciones a que hubiere lugar en caso de haberse cancelado alguna suma por concepto de la sanción moratoria ahora reconocida mediante sentencia; **iv)** ordenó a la entidad demandada a

indexar las sumas a partir del momento en que cesó su causación y hasta la presente sentencia; y v) condenó en costa a la parte accionada. Lo anterior, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Inicialmente explicó que la Ley 1071 de 2006 es aplicable a los docentes, según precisión hecha por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018.

A continuación se refirió a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, precisando el momento a partir del cual se causa, conforme a las reglas adoptadas por el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación.

Explicó que el caso concreto encajaba en la segunda hipótesis, en tanto el acto administrativo que había reconocido las cesantías había sido proferido por fuera del término que se tenía para ello, y también su pago se dio de manera tardía.

En efecto, precisó que la señora Patricia Estella Arredondo Cifuentes elevó la petición de cesantías el 8 de septiembre de 2017; que la fecha límite para proferir el acto de reconocimiento fue el 29 de septiembre de 2017 y aún se así se expidió el 9 de noviembre de 2017; que la fecha límite para pagar las cesantías era el 21 de diciembre de 2017; y que prestación fue pagada el 27 de marzo de 2018. Por lo anterior, encontró que se configuraba un retardo desde el 22 de diciembre de 2017 hasta el 26 de marzo de 2018, que ameritaba la sanción contemplada por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Aclaró que pese a que en el acto administrativo de reconocimiento se indicó que la fecha de radicación de la solicitud de cesantías había sido el 18 de septiembre, lo cierto es que conforme a la respectiva petición, la fecha fue el 8 de septiembre de 2017.

Precisó igualmente que tendría como fecha del pago el 27 de marzo de 2018 y no el 5 de junio de 2018, como quiera que la certificación expedida por la FIDUPREVISORA daba cuenta de que el pago fue puesto a disposición de la parte actora en la primera de las fechas, pero que como el dinero no fue reclamado hubo que reprogramar su pago.

Indicó que para el pago de la sanción moratoria la entidad debía hacer las compensaciones a que hubiera lugar, teniendo en cuenta el reconocimiento hecho por la accionada de la suma equivalente a \$10'075.998, según quedó consignado en acta del Comité de Conciliación.

En relación con la indexación y de conformidad con sentencia del 26 de agosto de 2019 del Consejo de Estado, sostuvo que la sentencia de unificación de la misma Alta Corporación a la que se ha venido haciendo referencia quiso precisar que no era posible indexar la sanción moratoria mientras ésta se causaba, sin que fuera obstáculo la aplicación del artículo 187 del CPACA, por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

Indicó entonces que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: mientras se causa la sanción moratoria, día a día, esta no podrá indexarse; cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia –artículo 187–; y una vez quede ejecutoriada la condena, no procede indexación sino que se generan intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Finalmente consideró que había lugar a condenar en costas a la parte accionada.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte actora interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (documento nº 09 del expediente digital), alegando que la sanción moratoria debe reconocerse hasta el 5 de junio de 2018, fecha en la cual las cesantías fueron efectivamente pagadas.

Sostuvo que la reprogramación del pago de las cesantías no es imputable a la parte actora, como quiera que la FIDUPREVISORA no publicó aviso ni dio a conocer de alguna manera la fecha en la cual se haría el desembolso.

Manifestó que conforme a la teoría del pago de las obligaciones, quien debe demostrar el pago oportuno de una deuda u obligación es el deudor, y en el caso concreto lo que quedó claro fue que la cesantía reconocida a la parte demandante se canceló el 5 de junio de 2018.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (documento nº 17 del expediente digital)

La parte actora se ratificó en los fundamentos de hecho y de derecho formulados en el escrito contentivo del recurso de apelación.

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (documento nº 26 del expediente digital)

Intervino para manifestar que la entidad incurrió en mora de 11 días, por los cuales reconoció un valor de \$1'335.373, el cual se encuentra pendiente de desembolsar mientras exista disponibilidad presupuestal. Para sustentar lo anterior, acudió a pantallazo en el que se observa que la consulta realizada se refiere a la señora Isabel Jaramillo Hoyos y no la demandante de este proceso.

Reiteró que es improcedente reconocer indexación de las sumas que surgen de la sanción moratoria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público emitió concepto en este asunto (documento nº 26 del expediente digital), a través del cual solicitó confirmar la providencia recurrida, por considerar que en el presente asunto se configuró la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Debe precisarse que el señor Procurador no se refirió expresamente al argumento expuesto en el recurso de apelación, pues incluso erró en afirmar que la alzada fue promovida por la parte demandada.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de octubre de 2020 (documento nº 14 del expediente digital), y allegado el 27 de noviembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (documento nº 14, ibídem).

Admisión y alegatos. Por auto del 27 de noviembre de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (documento nº 14 del expediente digital). Ambas partes alegaron de conclusión (documentos nº 17 y 26, ibídem). El Ministerio Público emitió concepto en esta oportunidad (documento nº 26 del expediente digital).

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de febrero de 2021 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (documento nº 27 del expediente digital), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta

Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Cuáles deben ser los extremos temporales de la sanción moratoria reconocida a favor de la parte actora?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías; **ii)** causación de la sanción moratoria; **iii)** unificación jurisprudencial sobre la materia; y **iv)** examen del caso concreto.

1. Sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006³ 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 ley⁴.

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".

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 ordena⁵.

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 Bustamante⁶, 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 devaluada⁷.

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 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

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 fundamentales⁸.

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 5⁹.

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".

2. Causación de la sanción moratoria

En sentencia del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007¹⁰, 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 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, 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 moratoria¹¹.

Hay que tener en cuenta que cuando el Consejo de Estado en la mencionada sentencia hizo relación a 5 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.

3. Unificación de jurisprudencia

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018¹², el Consejo de

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicado número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ).

¹¹ 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 acudir 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”.*

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B.

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 petitionario 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 petitionario 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.

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." (Resaltado original del texto).

4. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. El 8 de septiembre de 2017, la señora Patricia Estella Arredondo Cifuentes solicitó el reconocimiento y pago de cesantía parcial, correspondiente a los servicios prestados como docente en el Municipio de Manizales (página 25 del documento n° 01 del expediente digital).
2. Por Resolución n° 00000896 del 9 de noviembre de 2017 (páginas 26 a 29 del documento n° 01 del expediente digital), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció cesantía parcial a favor de la parte accionante.
3. El citado acto administrativo fue notificado el 27 de diciembre de 2017 a la parte actora, la cual renunció a términos (página 29 del documento n° 01 del expediente digital).
4. Según certificación expedida por la FIDUPREVISORA S.A. (página 36 del documento n° 01 del expediente digital), el 27 de marzo de 2018 fue puesto a disposición de la parte demandante el valor por concepto de cesantías parciales, el cual no fue cobrado y, por tanto, se reprogramó el 5 de junio de 2018.
5. Mediante escrito visible en la página 30 del documento n° 01 del expediente digital, la parte actora manifestó bajo la gravedad de juramento que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, la FIDUPREVISORA S.A. y/o el banco BBVA no informaron la fecha en la cual se puso a su disposición el dinero correspondiente a las cesantías parciales reconocidas.
6. El 4 de septiembre de 2019, la parte accionante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria (páginas 37 a 40 del documento n° 01 del expediente digital).
7. La entidad accionada no profirió acto expreso negando la petición presentada por la parte accionante.

5. Examen del caso concreto

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se encuentra acreditado que la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el 8 de

septiembre de 2017, es decir, cuando ya había entrado en vigencia la Ley 1437 de 2011.

Así pues, los 70 días hábiles posteriores a la fecha en que fue radicada la solicitud, previstos para el reconocimiento y pago de la citada prestación social, se cumplieron el 21 de diciembre de 2017, según se resume en el siguiente cuadro:

TÉRMINO	FECHA LÍMITE
Fecha de la reclamación de las cesantías parciales	08/09/2017
Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	29/09/2017
Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (artículos 76 y 87 del CPACA)	13/10/2017
Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	21/12/2017

Se demostró así mismo que no obstante que la entidad demandada tenía respectivamente hasta el 29 de septiembre de 2017 y hasta el 21 de diciembre de 2017 para reconocer y pagar las cesantías parciales reclamadas, el respectivo acto sólo fue expedido el 9 de noviembre de 2017, mientras que el pago correspondiente se surtió el 27 de marzo de 2018.

Ante ese panorama, concluye la Sala que entre el 22 de diciembre de 2017, inclusive, y el 26 de marzo de 2018, inclusive, se hizo exigible la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se insiste, corolario del pago tardío de la cesantía parcial reclamada.

Debe precisar esta Sala que aun cuando en el presente asunto la parte actora renunció a los términos de ejecutoria de la Resolución n° 00000896 del 9 de noviembre de 2017, no es procedente omitir la contabilización de los 10 días de ejecutoria del acto administrativo, por cuanto éste no fue proferido por la Administración dentro de los 15 días siguientes a su radicación.

En efecto, en la sentencia de unificación aquí citada, el Consejo de Estado indicó que para la hipótesis de renuncia de términos, *“Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto”*; caso en el cual se contabilizan los 45 días para el pago después de la renuncia de términos.

Lo anterior es apenas lógico, pues de lo contrario la Administración se vería beneficiada de su propia mora al expedir tardíamente el acto administrativo e iniciarse el cómputo de los 45 días después de surtida la notificación de aquel, que sería el momento en el cual se renuncia a términos.

De otra parte, esta Sala de Decisión considera que no es procedente tomar como extremo final de la causación de la mora el 5 de junio de 2018, esto es, cuando fue reprogramado el pago de la prestación, ya que dentro del procedimiento de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes a cargo del FOMAG (Decretos 2831 de 2005 y 1278 de 2018) no existe obligación a cargo de la entidad de notificar al petitionario la circunstancia de que el dinero fue puesto a su disposición, de manera que esta situación no puede serle imputada al fondo.

Para esta Corporación, la tardanza en el pago efectivo de las cesantías bien pudo haber surgido de la propia negligencia e inoperancia de la interesada – circunstancia que no se rebate con la simple manifestación en contrario de la actora–, lo que significa que tomar como fecha límite de la mora aquella en la que se reprogramó el pago de la prestación sería imponerle una carga excesiva a la entidad accionada, quien cumplió con su deber al momento de consignar la suma reconocida, la cual quedó a disposición de la parte actora.

Conclusión

Siendo despachados desfavorablemente los argumentos esgrimidos por la parte recurrente, conforme a lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales amerita ser confirmada.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda hubiere sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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 once (11) de agosto de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Patricia Estella Arredondo Cifuentes contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

Tercero. RECONÓCESE personería jurídica a la abogada JENNY ALEXANDRA ACOSTA RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía n° 52'203.675 expedida en Bogotá, y portadora de la tarjeta profesional n° 252.440 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a la sustitución de poder que obra en el documento n° 21 del expediente digital.

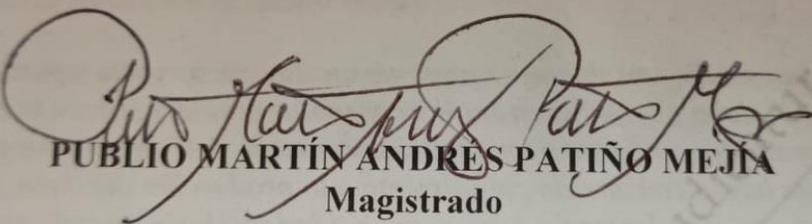
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

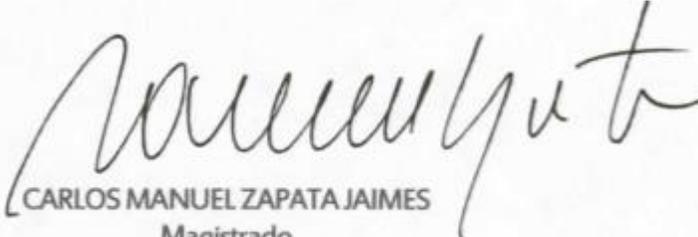
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 041
FECHA: 9 de marzo de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17-001-23-33-000-2019-00093-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 2ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA (E)

Manizales, ocho (08) de Marzo de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 32

Procede el Despacho a pronunciarse sobre el recurso de reposición interpuesto por alguno de los que integran la parte actora, contra el auto que abrió el proceso a pruebas dentro del contencioso de la acción de grupo promovida por la señora **MARIA CLAUDIA VILLADA MARÍN y OTROS** contra **CORPOCALDAS, EMPOCALDAS y el MUNICIPIO DE NEIRA**.

ANTECEDENTES

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Con el auto que milita como documento 28 de la Biblioteca documental, se profirió el proveído que dio apertura a la etapa de pruebas, datado y notificado el 27 de enero de 2021, con el cual fue denegada, entre otras, la prueba testimonial solicitada por el señor José Heriberto Orozco, consistente en la recepción de los testimonios de los señores Gustavo Salazar Morales, Arlen Velásquez Ríos y la señora Alba Lucía Ceballos Orozco; ello con fundamento en el artículo 212 del CGP, por cuanto en el escrito de solicitud si bien se indicaron los nombres de los testigos, no se precisó el objeto de dicha prueba.

RECURSO DE REPOSICIÓN

Actuando de manera oportuna, la parte demandante formuló el 1° de febrero hogaño recurso de reposición contra el proveído recién identificado, aduciendo que el 6 de noviembre de 2020, el Tribunal accedió a reconocer como parte del grupo al señor José Heriberto Orozco, exponiéndose que el

memorial estaba acompañado del poder, relación del perjuicio predicado, el daño sufrido, la solicitud de integración al grupo y la solicitud de pruebas correspondientes; y sosteniendo el recurrente que, en dicho auto, no se hizo por parte del Despacho observación alguna con relación a la solicitud de reconocimiento del citado ciudadano como integrante del grupo.

Refiere que no obstante lo mencionado, en el auto del 27 de enero de 2021, el Tribunal niega los testimonios solicitados por no precisarse el objeto de la prueba, al paso que discute, no haberse dio a la parte demandante la oportunidad para *“subsana el yerro o falta de información”*, y que el auto del 6 de noviembre no hizo referencia a dicha situación, incurriendo con ello en un desfavorecimiento de los intereses del querellante.

Finalmente, sostiene el recurrente, la prueba testimonial de los señores Gustavo Salazar Morales, Arlen Velásquez Ríos y la señora Alba Lucía Ceballos Orozco, tienen por objeto demostrar la existencia de perjuicios de carácter extra patrimonial que sufrió el señor José Heriberto Orozco, y probar los hechos relacionados con los perjuicios; solicitando entonces, reponer el auto que decretó las pruebas en el proceso referido, y decretar la práctica de prueba testimonial solicitada.

PRONUNCIAMIENTO DE LA LLAMADA EN GARANTÍA

Dentro del término de traslado, la llamada en garantía Compañía de Seguros Liberty S.A. se pronunció tal como consta en el documento número 40 del estante digital, en el cual hace un recuento de las inconformidades del recurrente, precisando que éste pretende equiparar la admisión de la demanda con el trámite procesal posterior a la mencionada admisión, concretamente con el decreto de pruebas, el cual tiene una norma diferente a la admisión; y que, es para la procedencia de la admisión de la demanda, para lo cual deben cumplirse con cada uno de los requisitos contenidos en la norma; pero que, dicha norma, no obliga al administrador de justicia a inadmitir la demanda, ni que deba conceder oportunidad al demandante para que en el caso que el capítulo de pruebas no cumpla con las normas procesales para su decreto, deba corregirse, pues ello obedece a

una situación que debe estudiarse en el momento procesal oportuno como lo es en el auto que decreta o niega las pruebas solicitadas por las partes, cuestión que no es tratada al momento de definir si se admite, se inadmite o se rechaza el libelo introductorio.

Solicita, por modo, no sea revocado el auto de decreto de pruebas, por cuanto, además, la solicitud de pruebas no cumple con los requisitos del artículo 212 del CGP, que, en caso de decretarse en este momento, sería violatorio del derecho de defensa de la parte pasiva.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA UNITARIA**

Pretende por manera la parte demandante, se revoque por vía del recurso horizontal, el proveído mediante el cual se le denegó el decreto de la prueba testimonial impetrada por el señor José Heriberto Orozco, quien solicitó ser parte integrante del grupo dentro del medio de control de la referencia.

La Ley 472 de 1998 guardó silencio con respecto a los recursos procedentes contra los autos que se dicten en las acciones de grupo (art. 62); sin embargo, el mandato 68 ibídem, determinó que,

“En lo que no contraríe lo dispuesto en las normas del presente título, se aplicarán a las Acciones de Grupo las normas del Código de Procedimiento Civil”. (Entiéndase Código General del Proceso)

En tal sentido, el artículo 321 de la Ley 1564/12 (CGP) establece, en lo pertinente:

“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:

1...

...

3. *El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.*

..."

Por lo citado, se tiene que en este caso, contra el auto que niega la práctica de pruebas no procede el recurso de reposición; sin embargo, dando aplicación al esquema disposicional 318 del CGP, por cuyo ministerio, *“Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente”*, esta célula judicial dará trámite de recurso de apelación, el cual concederá en efecto devolutivo, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 323 y el inciso 4 del mismo precepto del CGP.

Es por lo expuesto que la SALA 2a UNITARIA DE DECISIÓN ORAL,

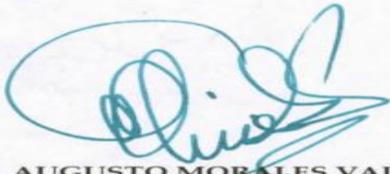
RESUELVE

RECHÁZASE por improcedente el recurso de reposición interpuesto.

CONCÉDESE, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 27 de enero de 2021, con el cual se denegó una prueba testimonial solicitada por el señor José Heriberto Orozco.

Por la Secretaría de esta Corporación, envíense el expediente al H. Consejo de Estado para lo de su competencia, por el medio que se tenga previsto para ello.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado (E)

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, ocho (8) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-23-33-000-2018-00284-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ALEJANDRO OROZCO CONSTRUCCIONES S.A.S
ACCIONADO	MUNICIPIO DE PALESTINA - CALDAS

Ingresa el proceso a Despacho para decidir sobre los honorarios definitivos al perito evaluador, y para pronunciarse sobre la solicitud de la parte actora respecto a la objeción por error grave presentada por la demandada, frente al dictamen pericial practicado en el proceso.

En primer momento, hay que señalar que, rendido por el perito evaluador designado las aclaraciones y complementaciones solicitadas, y transcurrido el término que se concedió a las partes para que se pronunciaran sobre el nuevo dictamen ya aclarado y complementado, las partes no hicieron ninguna manifestación, conforme a la constancia de Secretaría del Tribunal.

Ahora bien, conforme al artículo 221 del CPACA y a lo establecido en el Acuerdo 1518 de 2002, se fijan como honorarios a favor del perito, la suma de **CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4.000.000)**, los cuales deberán ser cancelados por la parte actora, quien fue quien solicitó la prueba.

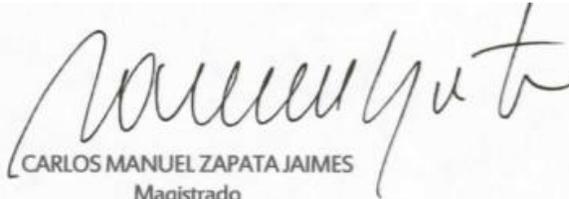
Al haberse demostrado dentro del proceso que la parte actora canceló la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000.00)** (fol. 930, C1B) éstos deberán ser descontados del valor de los honorarios. La anterior decisión presta mérito ejecutivo.

Esta suma de dinero se deberá entregar al auxiliar de la justicia dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Con respecto a la solicitud de la parte demandante, en el sentido que el Despacho se pronuncie respecto a la objeción por error grave presentada por la parte demandada, se le manifiesta que ese pronunciamiento se debe hacer en la sentencia.

Finalmente, y al haberse recaudado las pruebas decretadas, y haberse dado el correspondiente traslado, atendiendo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A. y al considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el precepto 182 del mismo ordenamiento, se concede un término común de diez (10) días a las partes para que presenten por escrito los alegatos de conclusión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 041 del 09 de marzo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales,</p> <hr/>  <hr/> <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--

17001-33-33-003-2016-00316-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, ocho (08) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 063

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por las partes, contra la sentencia emanada del Juzgado 3º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JOSÉ ANCIZAR PALACIO MONTES** contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**.

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

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, habrá de admitirse el recurso de segundo grado, y con este mismo auto se dará traslado para ALEGACIONES y concepto del Ministerio Público conforme al artículo 247 inc. 4º ibídem, vigente para la fecha de interposición de los recursos.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTENSE los recursos de apelación interpuestos y sustentados en forma oportuna por la parte demandante y la entidad demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado 3º Administrativo de Manizales, dentro del

¹ Ley 1437 de 2011.

proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JOSÉ ANCIZAR PALACIO MONTES** contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**.

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

EJECUTORIADA esta providencia, comenzará a correr **inmediatamente** para las partes el término de diez (10) días para que presenten sus **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**; vencido este lapso, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito dentro de los diez (10) días siguientes.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 041 de fecha 9 de Marzo de 2021.

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

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario