

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicación N° : **17001-33-33-001- 2018-00522**
Medio de control : **Nulidad y Restablecimiento Del Derecho**
Demandante : **AURELIO BERRIO**
Demandado : **Nación - Ministerio De Educación - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio**
Asunto : **Sentencia primera instancia N° 175**

Procede el Despacho a proferir sentencia en el proceso de la referencia, de conformidad con lo establecido en el último inciso del artículo 181 del CPACA, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 14 del decreto 806 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

Las pretensiones de la demanda son que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de las cuales se negó el reajuste de las mesadas pensionales de acuerdo al salario mínimo legal mensual para cada año.

Como consecuencia se reclama el derecho al reconocimiento y pago del reajuste pensional sobre el salario mínimo, y no, sobre el IPC que determina la ley 100 de 1993.

Con base en la documentación adjunta al proceso se advierte que:

El señor Aurelio Berrio presentó solicitud de reajuste pensional el **27/10/2017**, para que en la liquidación se tuviera en cuenta, año a año, el porcentaje fijado por el gobierno nacional para el salario mínimo. En ese mismo escrito solicitó la devolución de un porcentaje por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud y la petición de descontar, de la prestación mensual, el 5% de las mesadas ordinarias y adicionales, no el 12 %, como hasta ahora la ha realizado. *Hecho documentado a folios 34-38 del expediente.*

Por medio de resolución 9040-6 del 23 de noviembre 23 de 2017, el FNPSM negó estas solicitudes. *Hecho documentado a folios 44-45 del expediente.*

Mediante resolución 3032 de 19 de mayo de 1994, el FNPSM le reconoció pensión de jubilación a la señora Duque a partir del **08/03/1994**. En materia de reajuste

pensional dijo ajustarse a lo dispuesto por la ley 71 de 1988 y 91 de 1989. *Hecho documentado a folios 42-43 del expediente.*

La contestación de la demanda

En resumen, el FNPSM se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte actora, al considerar que carecen de sustento legal para que prosperen, teniendo en cuenta que los actos administrativos demandados fueron expedidos conforme a la normativa vigente.

Adicionalmente señaló que el régimen aplicable a los docentes afiliados al FNPSM, indicando los distintos momentos administrativos para el reconocimiento de las prestaciones, para concluir, que el procedimiento reglado en la ley 91 de 1989, reglamentado por el decreto 2831 de 2005, es el procedimiento aplicable al caso de las prestaciones sociales del personal docente, entre otras explicaciones.

Excepciones

En coherencia con lo anterior, presentó, además de la excepción de prescripción: *(i) inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido; (ii) la genérica.*

Problema jurídico:

Con estos elementos, el Despacho resolverá el problema jurídico contenido en la siguiente pregunta:

¿Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho al reajuste pensional con fundamento en lo preceptuado por el artículo uno (01) de la ley 71 de 1988, es decir, con base en el incremento del salario mínimo legal mensual vigente o con lo dispuesto por el artículo 14 de la ley 100 de 1993?

Si la respuesta a este interrogante es afirmativa deberá analizarse si se ha configurado el fenómeno de la prescripción trienal sobre los reajustes que llegaren a reconocerse.

Adicionalmente se deberá determinar si:

¿Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho a que se fije el porcentaje de aportes a la seguridad social en salud de conformidad con el numeral 5 del art. 8 de la ley 91 de 1989?

Alegatos de Conclusión

Conforme a las modificaciones al trámite procesal introducido por el Decreto 806 de 2020, se corrió traslado para alegar de conclusión, habida cuenta que en el presente proceso no se hacía necesario el decreto y práctica de pruebas diferentes las que ya obran en el expediente, y por cuanto el asunto que debe resolver el juzgado atañe a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que rigen la situación planteada en la demanda.

Todos los apoderados guardaron silencio al igual que el ministerio público

LAS PRUEBAS RELEVANTES

Obran en el expediente copias de la cedula de ciudadanía la actora; de la petición radicada SAC 2017POR16573 del 27/10/2017; del Acto Administrativo demandado, de la Resolución 3032 de 1994, mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a quien demanda; y de un recibo de pago de la mesada pensional que evidencia el descuento del 12% que le están aplicando como aporte al sistema de salud.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

Para responder los interrogantes planteados en los problemas jurídicos se hará un análisis jurisprudencial de las sentencias que se han proferido en la materia por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y desde luego, un análisis normativo aplicable al caso concreto. En la parte final se expondrán las conclusiones y se hará un pronunciamiento sobre la prosperidad, o no, de las excepciones de mérito.

Tema Central

El tema central que se analizará en esta instancia está relacionado con la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos que negaron pagar las diferencias entre el incremento pensional previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993 y la ley 71 de 1988 para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FNPSM-.

Adicionalmente, en dos de los procesos se deberá determinar el porcentaje descontado por concepto de salud.

El Despacho verificó el cumplimiento de los presupuestos procesales para el adelantamiento válido de las actuaciones y, al efecto, constató que se cumplen con todos ellos según los requisitos que se establecen en el CPACA, pues (i) la parte actora, en cada uno de los procesos, son personas mayores de edad y, por ende, tienen capacidad para ser parte y para comparecer al proceso. La entidad demandada es persona jurídica de derecho público. El auto admisorio de

la demanda se notificó adecuada y oportunamente a la entidad accionada, al Ministerio Público y demás sujetos procesales que deben intervenir en estas actuaciones.

Por otro lado, este juez es competente para fallar el proceso en primera instancia y, finalmente, no se observó algún vicio que obligue retrotraer lo actuado hasta el momento.

Tesis del juzgado en cuanto al primer problema jurídico

Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio si tienen derecho a un reajuste pensional equivalente al incremento anual del salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con el art. 1 de la ley 71 de 1988, en concordancia con el art. 279 de la ley 100 de 1993.

Las razones son las siguientes,

1. Los efectos del incremento del artículo 14 de la ley 100 de 1993 hace referencia al régimen de prima media con prestación definida y al régimen de ahorro individual, no, al exceptuado

El artículo 14 de la ley 100 de 1993 prescribe:

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

Para el Despacho es claro que la intención del legislador al expedir esta norma, no fue otra que mantener el poder adquisitivo de las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, que hubiesen sido reconocidas en el régimen de prima media con prestación definida y en el régimen de ahorro individual. Es justamente a estos dos regímenes a los que se refiere con la expresión: **en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones**.

En opinión de este juzgador, no puede ser otro el alcance interpretativo de esta disposición, pues si su intención fuera otra, tendría que hablar no solo de dos regímenes sino de las múltiples disposiciones que regulan las diversas y disímiles situaciones pensionales públicas y privadas que encontramos en el ordenamiento

jurídico colombiano. Las cuales, como es bien sabido, no podrían reducirse a tan solo dos.

2. La ley 100 de 1993 establece que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se les aplica la regulación de la ley 100 de 1993

De la mano del anterior argumento, puramente normativo, es necesario traer a colación lo preceptuado por el art. 279 de la ley 100 de 1993. Esta norma advierte:

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. (...) (Negrita por fuera del texto original).

Sobre el alcance de este canon se ha pronunciado en múltiples oportunidades, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, para señalar que los afiliados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pertenecen a un régimen exceptuado en materia pensional, en este entendido, no le son aplicables, en principio, las disposiciones de la ley 100 de 1993. Pues en razón de su especial condición, se someterán a lo preceptuado por la ley 91 de 1989 y demás normas que la modifiquen, complementen o sustituyan.

Así las cosas, de una interpretación armónica de las normas que hasta ahora se han citado, el Despacho confirma que los docentes, en materia de reajuste pensional, no deben estar sometidos a las reglas del régimen general de pensiones contenida en la ley 100 de 1993.

3. La Corte Constitucional al analizar la aplicabilidad de los artículos 14 de la ley 100 de 1993 y la ley 71 de la ley 1988 no se refirió, específicamente, al régimen exceptuado de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 trajo consigo un buen número de discusiones en torno a su aplicabilidad. El régimen de transición ha captado la atención de una buena parte de las sentencias expedidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, quien, acorde con los lineamientos impartidos por su

máximo tribunal ha hecho la aplicación de las distintas reglas que regulan los varios regímenes laborales y de seguridad social en el ámbito estatal. También ha jugado un papel fundamental las directrices jurisprudenciales dadas por la Corte Constitucional, tribunal que ha dado muchas luces para el reconocimiento de los derechos pensionales de los ciudadanos.

De esa labor interpretativa y jurisprudencial no se ha escapado el tema relacionado con la aplicabilidad de las disposiciones que en materia de incremento pensional se le debe aplicar a los servidores del Estado. La Corte Constitucional al efectuar el análisis de constitucionalidad del artículo 14 de la ley 100 de 1993, en sentencia C-387 de 1994, hizo un análisis de los cargos formulados en contra de esa disposición, principalmente, los relacionados con el derecho a la igualdad. En esta providencia confirmó uno de los argumentos acabados de esgrimir por este Despacho al decir:

“El artículo 14 de la ley 100 de 1993, al cual pertenece el aparte demandado, consagra como regla general, el reajuste anual automático de las pensiones de invalidez, vejez o jubilación, y de sustitución o sobrevivientes, en los dos sistemas establecidos en el régimen general de pensiones (régimen solidario de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad), el cual deberá realizarse el primero de enero de cada año”.

Así las cosas concluyó que 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 vigente, 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.

También sostuvo que tales normas buscan mermar los efectos que la devaluación de la moneda causa en las mesadas pensionales, puesto que implican que ellas pierdan su capacidad adquisitiva con afectación directa en la calidad de vida de los pensionados y observó que como quiera que la Constitución, en relación con el reajuste de las pensiones, no precisa aspectos tales como la proporción en la que debe decretarse el reajuste, la oportunidad ni la frecuencia, le corresponde al Legislador hacerlo¹.

Como puede verse, la Corte no hizo un análisis comparativo entre el contenido obligatorio de la ley 100 de 1993 y de la ley 71 de 1988. Solo fijó el alcance e interpretación constitucional del artículo 14 de la primera ley.

Más adelante, esa misma Corporación en sentencia C-110 de 2006 trazó otros lineamientos jurisprudenciales en la materia. En esta providencia se abordó el análisis de constitucionalidad del inciso 2° del artículo 1° de la Ley 4° de 1976. Cuya vigencia condujo a la declaratoria de inhibición por tratarse de una norma derogada por la ley 71 de 1988.

No obstante, advirtió que la formula contenida en el artículo acusado para llevar a cabo el reajuste anual de las pensiones, fue inicialmente modificada por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, en el cual se dispuso expresamente que las pensiones a que hacía referencia el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976 se reajustarían de oficio cada vez y en el mismo porcentaje en que fuere incrementado el salario mínimo legal mensual, aclarando también que dicho reajuste tendría vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo.

Siguiendo el texto de la norma citada, la modificación introducida por la Ley 71 de 1988 al sistema de reajuste pensional previsto en la Ley 4ª de 1976 consistió en que, mientras bajo esta última ley el reajuste resultaba de promediar dos salarios - el vigente para el año inmediatamente anterior al reajuste y el vigente para el año en que debía operar el incremento-, arrojando un aumento inferior al porcentaje del salario mínimo, con la ley 71, el reajuste correspondía al mismo porcentaje en que se incrementaba por el Gobierno Nacional para el respectivo año, el salario mínimo legal mensual.

En este sentido, considerando que en uno y otro caso las fórmulas de reajuste pensional son distintas e incompatibles, es claro que el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976 fue derogado tácitamente por el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social, avanzando en la política de garantizar el poder adquisitivo constante de las pensiones, procedió a modificar el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, disponiendo, como regla general, que todas las pensiones se reajustarían anualmente y de oficio el primero (1°) de enero de cada año, ya no en el mismo porcentaje en que se incrementaba el salario mínimo, sino teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor -IPC- certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Y concluyó la Corte:

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

De lo anterior se concluye que, en la actualidad, a los pensionados bajo la vigencia de la ley 4ª de 1976 no se les reajusta la pensión con base en dicha

ley, como equivocadamente lo sostiene el demandante, sino que, al igual que todos los demás pensionados, el reajuste se lleva a cabo siguiendo la formula prevista en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

Lo que quiere hacer notar este servidor con el rastreo jurisprudencial, es que el Máximo Tribunal Constitucional, si bien es cierto, abordó el análisis normativo de los incrementos pensionales en Colombia, no lo es menos que en desarrollo de esas interpretaciones no se tuvo en cuenta lo dispuesto por el artículo 279 de la ley 100 de 1993, pues los cargos de constitucionalidad que se propusieron frente a las normas demandadas, no la llevaron a pronunciarse en ese sentido.

El tratamiento que efectuó el tribunal constitucional lo hizo de manera general sin abordar en detalle los regímenes exceptuados contenidos en las mismas disposiciones que evaluó. Por esta razón, este Despacho tiene la convicción que de haber tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los mismos, hubiese descartado de plano que el artículo 14 de la ley 100 de 1993, resultaba aplicable a los docentes, habida cuenta de la claridad textual del artículo 279 de ese mismo canon normativo, que no da lugar a interpretación extensiva o análoga alguna.

Adicionalmente, la Corte hizo ese pronunciamiento en el marco normativo de los regímenes de prima media y ahorro individual, no, a los exceptuados.

4. La sentencia C-435 de 2017

Recientemente, la Corte Constitucional expidió una providencia en la que analizó, nuevamente, el incremento pensional en Colombia. Para concluir:

Así, debe destacarse que en la norma demandada el legislador particularmente estableció:

(i) Un método o mecanismos de actualización general, es decir, que aplica para todas las pensiones o tipos de pensiones, que es lo que establece el apartado demandado, como es actualizarlas conforme al índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior;

(ii) Una regla excepcional, que aplica únicamente para las pensiones cuyo valor equivale al salario mínimo legal mensual vigente, como es que éstas se incremente periódicamente por lo menos en el mismo porcentaje en que ese salario aumente cada año, o, según la subregla fijada por esta Corte en la Sentencia C-387 de 1994 antes citada, en el IPC del año inmediatamente anterior, en caso de que éste resulte mayor; y por último, aunque ello sea impertinente para el presente análisis,

(iii) Una autorización al Gobierno Nacional para que, si lo estima pertinente, establezca “mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que podrían tener las pensiones de renta vitalicia

inmediata y renta vitalicia diferida de que tratan los artículos 80 [92] y 82 [93] de esta ley cuando el aumento del salario mínimo mensual legal vigente sea superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para el respectivo año”, así como para determinar “los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura” (Parágrafo).

Mientras que, por su parte, el artículo 48 constitucional tan sólo ordena que la ley define los medios para que los recursos que se destinan a las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

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

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

Si bien es cierto la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 14 de la ley 100 de 1993 es la norma aplicable para *todos los pensionados*, no se puede tomar esta expresión a la ligera. Para el Despacho, no hacer las distinciones que claramente establecen las normas legales e ignorar que la Corte no se ha pronunciado específicamente sobre los regímenes exceptuados, sería mal interpretar los dichos de esta corporación y fijar un alcance que no corresponde a la realidad, del pronunciamiento ni al objeto del estudio abordado en dichas providencias.

Con el contexto jurisprudencial analizado hasta el momento, el Juzgado estima que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se les debe aplicar lo dispuesto por la ley 71 de 1988 puesto que se trata de un régimen

exceptuado del cual la Corte Constitucional no se ha pronunciado para establecer alguna excepción en cuanto a la aplicación de la ley 100 de 1993 en el caso concreto.

5. El Consejo de Estado ha manifestado que la ley 100 de 1993 no se le aplica a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Alta Corporación como consecuencia del estudio de legalidad del artículo 40 del Decreto 692 del 29 de marzo de 1994, abordó el análisis de la aplicabilidad y alcance del artículo 14 de la ley 100 de 1993, en providencia del (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, negó la nulidad de dicho precepto por considerar que no se transgredía ni la constitución ni la ley.

En esta providencia se analiza no solo el artículo mencionado, sino además la ley 71 de 1998 para concluir:

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**.*

Así las cosas, el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 no fue expedido con exceso de la facultad reglamentaria al incluir para efectos de la aplicación del porcentaje de aumento anual de las mesadas, a aquellas personas que ya tenían una pensión reconocida para el 1.º de abril de 1994 en el Sistema General de Pensiones². (Resaltado no original).

De la sentencia parcialmente transcrita, se colige que el Consejo de Estado ha analizado la normativa discutida en este proceso, y al igual que la Corte Constitucional, se ha referido de manera genérica a todas las pensiones o a todos los pensionados, sin precisar si que en esa expresión se excluyan o incluyan los regímenes taxativamente exceptuados. Esto es, tales pronunciamiento lo hace dentro del marco del régimen general de pensiones, y no de los regímenes excluidos de la aplicación de la ley 10 de 1993, por disposición del artículo 279.

El resaltado que hizo el despacho es para no dejar pasar por alto que en criterio de este juzgador (**toda vez que esta última quedó derogada por aquella**), la Ley 71 de 1988 no fue derogada por el artículo 14 de la Ley 100, como a continuación se argumenta, en lo que tiene que ver con el asunto que interesa a este estudio.

6. La ley 100 de 1993 no derogó la 71 de 1988

Y es que la misma Corporación dio algunas luces sobre la aplicabilidad de la ley, y confirmó la tesis que aquí se sustenta. La Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Humberto Mora Osejo, el seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), radicación número: 655, por consulta efectuada por el Ministerio de Educación señaló en lo pertinente:

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Educación Nacional formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

“ Se aplica o no, los sistemas de pensiones, salud y demás prestaciones sociales establecidos por la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- El reajuste pensional anual de oficio, establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, se aplica a no, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

2º) Sin embargo, la Ley 100 de 1993 directamente prescribe las prestaciones sociales de los empleados públicos. Más el artículo 279 del mismo estatuto excluyó del “sistema integral de seguridad social” - que instituye - , entre otros servidores públicos, “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”. La misma disposición agrega que “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 al efecto se expida” (inciso 2º), aunque no determina “las normas generales” para efectuarla.

De manera que, según la transcrita disposición legal, las prestaciones sociales del magisterio no se rigen por la Ley 100 de 1993, sino por la Ley 91 de 1989 y por las que la completan o reforman. (Se resalta por el juzgado.)

3º) En consecuencia, las pensiones, sus ajustes, los riesgos profesionales y no profesionales y las prestaciones médico - asistenciales del magisterio, según el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se rigen por la Ley 91 de 1989 y por las demás que la adicionan o modifican: esta ley es anterior a la Constitución de 1991 y con posterioridad a su promulgación no se ha expedido una ley marco que la sustituya y le permita al gobierno prescribir directamente las prestaciones sociales del magisterio.

(...)

6º) El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 prescribe el régimen legal de las prestaciones sociales para “el personal docente nacional y nacionalizado” y para “el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990”. Especialmente regula las pensiones, la cesantía y las vacaciones.

7º) El artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que contempla el reajuste de oficio de las pensiones de jubilación, invalidez y de sobrevivientes, no es aplicable al personal docente, conforme a los prescrito por el artículo 279, inciso 2º, de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, los artículos 1º y 2º de la Ley 71 de 1988 relativos, en su orden, al reajuste de oficio de las pensiones contempladas por el artículo 1º de la Ley 4º de 1966 “con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el gobierno el salario mínimo legal mensual” y a los límites mínimo y máximo de las pensiones, son aplicables al personal docente. (Negrita por fuera del texto original)

Quiere decir lo anterior, que el Consejo de Estado ha esbozado una línea interpretativa semejante a la trazada por este Despacho judicial. Resultado claro entonces que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo acepta que a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no les resulta aplicable la regulación pensional de la ley 100 de 1993, por tratarse de un régimen exceptuado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 279 de esa misma normativa. Razón por la cual le asiste la razón a la parte actora en los argumentos expuestos en la demanda y en los alegatos en este proceso.

7. El artículo 289 de la Ley 100 en lo que alude especialmente a las normas que pretendió derogar incluye normas específicas y puntuales:

ARTÍCULO 289. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen.

De haber querido el legislador derogar el artículo 1º de la ley 71 de 1988 así lo habría expresado, como lo hizo puntalmente al derogar el parágrafo del artículo 7 de esa ley 71 y las demás normas perfectamente identificadas. La expresión contenida en tal artículo “**deroga todas las disposiciones que le sean contrarias**”, también debe ser entendida exclusivamente con respecto a las que regular el régimen general de pensiones y nunca ha aplicado, hasta hoy, a los regímenes exceptuados.

Este criterio no es descabellado, en la medida que la misma Corte Constitucional lo ha aplicado en sus sentencias. Por ejemplo, en providencia T-044 de 2018, el tribunal constitucional señaló:

“En tercer término, es importante llamar la atención sobre el hecho que el CPACA, tratándose de la Ley 962 de 2005, hizo derogatoria expresa del artículo

9º de la misma, excluyéndose otras previsiones [48]. Por ende, si la intención del Legislador hubiese sido derogar otras previsiones de dicha Ley, así lo hubiera hecho de manera concreta. De la misma manera, aunque también el CPACA dispone una cláusula general de derogatoria de aquellas disposiciones contrarias a dicha normativa, no se evidencia que el artículo 9º en cuestión sea incompatible con el Código mencionado, por lo que tampoco sería acertado concluir la derogatoria tácita en virtud de la cláusula general citada”.

Pese a que es evidente que se trata de un tema distinto al que se analiza en esta instancia, la intención de esta célula judicial es mostrar cómo el alto tribunal constitucional ha empleado este mismo criterio interpretativo que está empleando este servidor.

Por su parte, así también lo ha entendido el propio Consejo de Estado, en especial al analizar el régimen pensional de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. En efecto, en la medida que el principio de oscilación, que hunde sus raíces en normas anteriores a la Constitución de 1991, dispuso un sistema de incremento de las pensiones de los integrantes de los cuerpos armados diverso al estipulado en la Ley 100, así como lo hace la Ley 71 de 1988, ha aceptado la Alta Corporación que tal principio de oscilación continuó aplicándose inveteradamente, pese a la vigencia del artículo 14 de la Ley 100, ya que la derogatoria de esta última norma frente al tema de los reajustes de las pensiones solo se extiende a las gobernadas por el régimen general de pensiones.

Para corroborar lo anterior, vale la pena analizar el siguiente pronunciamiento de la misma Alta Corporación³, en el que estudió el principio de oscilación:

i) El principio de oscilación

Para abordar este tema sea lo primero precisar que la asignación de retiro, de tiempo atrás, ha tenido una forma de actualización diferente a la que de manera general se ha establecido para las pensiones que devengan los servidores públicos y trabajadores privados, sistema que se ha conocido como el principio de oscilación.

La oscilación plantea una regla de dependencia entre la asignación que perciben los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y aquellos que se encuentran en retiro y que en tal virtud gozan de una prestación, ya sea asignación de retiro o pensión de invalidez o los beneficiarios que reciben pensión de sobrevivientes. Dicha relación de proporcionalidad se puede advertir desde la Ley 2.ª de 1945, para el caso de los militares y del Decreto 2295 de 1954 para la Policía Nacional, la cual continuó en las normas especiales de Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales previstas en los Decretos 2338 del 3 de diciembre de 1971 (artículo 108), 612 del 15 de marzo de 1977 (artículo 139), 89 del 18 de enero de 1984 (artículo 161), 95 del 11 de enero de 1989 (artículo 164), para señalar algunas.

Ahora bien, el Decreto 1211 del 8 de junio de 1990, se refirió al principio de oscilación ...:

...

En similares términos lo consagran los artículos 151 del Decreto 1212 del 8 de junio de 1990 ..., y el Decreto 1213 de la misma fecha, Esta última norma, en el artículo 110, consagró el principio de oscilación para los agentes de aquella institución, ...

Posteriormente, la Ley 4.^a del 18 de mayo de 1992, en el artículo 13, ordenó al Gobierno Nacional determinar una escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración que perciben tanto el personal activo como el retirado de la Fuerza Pública, con lo cual se advierte la voluntad de mantener el equilibrio de las prestaciones que se generan en retiro respecto de aquellas que se originan en actividad.

En desarrollo de lo anterior los Decretos ... establecieron porcentajes para calcular la asignación mensual de los coroneles, a fin de liquidar su asignación de retiro.

En este punto es relevante señalar que esta Sección Segunda declaró la nulidad parcial de (algunas de tales normas simplifica el juzgado), por considerar que desconocían el contenido y alcance del artículo 13 de la Ley 4.^a de 1992, antes descrito, que debía observar el gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Luego, la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 en el artículo 3.13 consagró que las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública serían incrementadas en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones del personal en servicio activo, con lo cual se conservó la esencia del principio bajo estudio, tal y como lo hizo el artículo 42 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de la misma anualidad.

Limitaciones jurisprudenciales al principio de oscilación

Es importante precisar, que la jurisprudencia ha visto algunas limitantes en la aplicación del principio de oscilación. Se ilustran algunas de ellas:

Principio de favorabilidad: En este sentido esta corporación admitió, de manera temporal, el ajuste de las asignaciones de retiro con base en el índice de precios al consumidor, IPC, en aplicación del principio de favorabilidad, pues al hacer una comparación de los porcentajes que arrojan uno y otro sistema resultaban más beneficiosos los del régimen general.

Al respecto, concluyó que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 adicionada por la Ley 238 del 26 de diciembre de 1995 que exceptúa a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, que regula el derecho al reajuste de las pensiones de acuerdo con la variación porcentual del Índice de Precios al

Consumidor certificado por el DANE (art. 14), **resultaba más favorable que las normas contempladas para su régimen especial, es decir, que el principio de oscilación.**

Sin embargo, en aquella situación se aclaró que el reconocimiento así dispuesto, tendría una limitante temporal por los años de 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, dada por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que definió nuevamente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones.

- El carácter de algunas prestaciones económicas:

- La prescripción:

- Otra limitación impuesta por la jurisprudencia al alcance de este principio, se refiere a que en su aplicación no es viable la creación de un nuevo factor computable, sino que solamente está dirigido a la variación porcentual que podrían sufrir los factores básicos de liquidación. Aserto que se expuso en un caso en el que solicitó la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión de la prima mensual y se concluyó que tal emolumento no era una partida computable en la liquidación de dicha prestación.

Nótese cómo los extensos análisis efectuados, recientemente, por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el marco de un medio de control de nulidad simple, son absolutamente concordantes con la extensa y copiosa jurisprudencia proferida por el mismo juez plural, en que por ningún lado se alude a que las normas que regulan el principio de oscilación, como sistema para impedir la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones de los regímenes exceptuados en el artículo 279 de la Ley 100, esté derogada. Por el contrario, la amplia transcripción efectuada lo que reafirma es la vigencia plena del artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

Tales análisis contemplan, no solo la vigencia y gobierno del principio de oscilación antes de las Leyes 4 de 1992 y 100 de 1993, como el posterior a la Ley 923 de 2004, de manera que es impensable argüir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 fue derogada por las leyes 100 de 1993 y 238 de 1995, pero que dicha derogatoria solo aplicaba para el régimen exceptuado de los pensionados afiliados al FNPSM, y por ende que dicha derogatoria no aplicó para el régimen exceptuado de los pensionados de las fuerza pública.

En otros regímenes pensionales exceptuados de la aplicación del sistema general de pensiones, los reajustes anuales no se rigen por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sino por normas propias. De haberse derogado la ley 71 de 1988 por la ley 100, las normas que regirían serían entonces las del artículo 14 a efectos de reajuste pensional anual.

En efecto, el Consejo de Estado ha analizado la anterior situación muchas veces y ha llegado a la conclusión que el reajuste de las pensiones del personal retirado de las fuerzas militares y de la Policía Nacional no se les aplica a rajatabla el principio

de oscilación, pero **SOLO** porque el artículo 14 de la Ley 100 **PERMITE** o les otorga a los pensionados de los regímenes exceptuados el **DERECHO A QUE SUS PENSIONES SE REAJUSTEN CON EL IPC** no porque dicho artículo 14 les establezca el régimen de reajuste. Lo que implica, según lo entiende este juzgador, que en la medida que a quien se aplique el régimen exceptuado de pensiones, si el sistema de reajustes previsto para esa excepción le resulta más favorable, el artículo 14 de la Ley 100 adicionado con la Ley 238 no le resulta aplicable.

A continuación, se transcriben algunos apartados de una sentencia (por todas) a que alude el apartado anterior, resaltando los párrafos que llevan a este juzgador a concluir que la ley 100 adicionada por la 238 en materia de reajuste contempla un derecho en favor de quienes sus reajustes pensionales consagrados en regímenes exceptuados resultan menos favorables que el incremento de las pensiones con base en el IPC.

Por lo anterior, se concluye que con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, las personas pertenecientes a los regímenes excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, podrán acceder a los beneficios contemplados por el artículo 14 y 142 ibídem, y en consecuencia, tienen derecho a que se les reajusten sus mesadas pensionales teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, y al reconocimiento y pago de una mesada pensional adicional.

Por lo tanto, la forma de reajuste pensional de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 resulta aplicable a las pensiones de los sectores exceptuados del artículo 279 ídem, dentro de los cuales aparecen el de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Se advierte que tanto el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 como el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, expresamente permite la aplicación del reajuste pensional con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor que:

[...] Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, **a menos que así lo disponga expresamente la ley. (Negrilla y subrayado fuera del texto)**

La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995, al referirse al establecimiento de regímenes pensionales especiales frente a los beneficios determinados en el régimen general, señaló su ajuste al ordenamiento constitucional y aplicación teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

[...] el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, **que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución**, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, **favorece a los trabajadores a los que**

cobija. Pero si se determina que, al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.

[...]

No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

Por intermedio de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de agosto 21 de 2008, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, al resolver un caso concreto de reclamación de corrección del reajuste pensional (de la asignación de retiro) para aplicar el IPC conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, aclarando que esa forma de liquidación resulta aplicable a partir de 1995 y hasta el 2004, debido al cambio de legislación, cuando en estos apartes, sostuvo:

En tales circunstancias, el ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al IPC de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995.

A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del IPC por remisión expresa del Legislador, **la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales**, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública.⁴

Si se compara entonces el incremento pensional que ha percibido el docentes demandante, a partir del año 2000, en frente del que consagra el régimen exceptuado que le cobija, indudablemente resulta más beneficioso el que implica el reajuste con el salario mínimo. El siguiente cuadro ⁵compara ambos incrementos:

año	salario mínimo	IPC
2000	10.00%	9.23%
2001	10.00%	8.75%
2002	8.00%	7.65%
2003	7.40%	6.99%

2004	7.80%	6.49%
2005	6.60%	5.50%
2006	6.90%	4.85%
2007	6.30%	4.48%
2008	6.40%	5.69%
2009	7.70%	7.67%
2010	3.60%	2.00%
2011	4.00%	3.17%
2012	5.80%	3.73%
2013	4.02%	2.44%
2014	4.50%	1.94%
2015	4.60%	3.66%
2016	7.00%	6.77%
2017	7.00%	5.75%
2018	5.90%	4.09%
2019	6.00%	3.12%

Baste entonces con observar tales diferencias para concluir que el incremento que se les ha venido aplicando a los docentes demandantes, dejando de aplicar lo que el mismo acto administrativo que les reconoció la pensión, es menos favorable que el incremento con base en el salario mínimo, motivo por el cual la norma a aplicar no puede ser una que fue expedida para extender un beneficio a quienes dicho aumento pensional resultaba inferior. Ese no fue el querer del legislador.

8. El acto administrativo que reconoció el derecho pensional a los docentes expresamente advierte que la mesada pensional se reajuste anualmente de conformidad con la Ley 71 de 1988 y la Ley 238 de 1.995

El expediente estudiado contienen las resoluciones por medio de las cuales se hizo el reconocimiento pensional al demandante. En dicho acto administrativo, que gozan de la presunción de legalidad, en tanto no ha sido declarados nulo en todo o en parte en lo relacionado con el tema que nos ocupa en este juicio, determina textualmente:

Que el (los) beneficiario (s) de esta prestación económica tiene derecho a que se le reajuste su pensión en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y Ley 238 de 1995.

De manera que cuando el demandante elevó la solicitud que da origen al acto administrativo aquí enjuiciado, para que se dispusiera el reajuste de las mesadas pensionales, no estaba haciendo otra cosa que solicitar que se diera acatamiento a lo dispuesto en dicho pronunciamiento de la administración que le reconoció la pensión, y por ende, las resoluciones 982-6 del 10 de febrero de 2016 y la 1749-6 del 09 de febrero de 2018, desconocen una realidad administrativa consolidada

para quien aquí accionó, al afirmar que el reajuste de sus mesadas pensionales no se debe conceder, por estar aplicado conforme a la legalidad establecida en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, ya que eso no es lo que dispone el acto que consolidó la situación jurídica particular y concreta del administrado.

9. Garantizar un derecho no es menoscabarlo. La Ley 238 no quiso disminuir derechos de los beneficiarios de los regímenes exceptuados, sino que pretendió ampliar sus beneficios

El principio de inescindibilidad de los regímenes pensionales se puede romper por autorización del párrafo introducido al artículo 14 de la Ley 100 por la Ley 238, solo como una ventaja establecida por el legislador para quienes se pensionan por fuera del sistema general, y no como una imposición normativa nueva a los regímenes exceptuados.

A guisa de ser reiterativos, vuelve y se transcribe el texto de la disposición en comento:

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

Y es que quiere el juzgado recabar nuevamente en que la redacción del párrafo anterior no impone un régimen de reajustes derogatorio de los previstos en los regímenes exceptuados, sino que impide que el beneficio del reajuste por el IPC se le niegue a los pensionados cuyas sus pensiones resulten reajustadas en forma inferior al IPC, tal como sucedía con la aplicación del principio de oscilación.

En el Tribunal Administrativo de Caldas, como en la toda la jurisdicción, se han proferido no pocas sentencias que han avalado los incrementos pensionales superiores al IPC determinados al amparo del principio de oscilación.

En este punto y como premisa jurisprudencial final, se transcribe reciente providencia del Consejo de Estado, con ponencia del mismo magistrado Dr. William Hernández Gómez⁶, en la que avala una vez más la existencia de sistemas de reajustes pensionales diferentes al establecido por el artículo 14 de la Ley 100, y que de contera corrobora que dicha norma no derogó a la Ley 71 de 1988:

En efecto, esta Corporación en la sentencia citada y en reiterada jurisprudencia⁷ determinó:

1.- Con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 ..., las excepciones consagradas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 presentaron una modificación consistente en que a los pensionados de los sectores allí contemplados, entre ellos los de las Fuerzas Militares y Policía Nacional⁸, en virtud del principio de favorabilidad⁹ y conforme a los

artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993 **se les podía reajustar la asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor** del año inmediatamente anterior certificado por el DANE y la mesada 14, respectivamente, **siempre que el incremento realizado por el Gobierno Nacional en los decretos anuales de las asignaciones en actividad de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional sea inferior**. (Resaltado propio).

2.- En vigencia de la Ley 238 de 1995 el reajuste por favorabilidad de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional conforme al índice de precios al consumidor señalado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en cada caso concreto, **aplica desde el año de 1996 hasta el 2004**, toda vez que a partir del 1.º de enero de 2005 se implementó nuevamente la aplicación del principio de oscilación a través de la expedición del Decreto 4433 de 2004. (Subraya Original)

3.- El reajuste conforme al IPC, incide directamente en la base de la respectiva prestación pensional y debe servir para la liquidación de los incrementos que a partir del año 2005 se efectuaran sobre dicha prestación.

En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrada en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es, el 1º de enero de 2005 deben tener en cuenta el incremento de la variación porcentual del índice de precios al consumidor de los años 1996 a 2004.

Consideraciones finales sobre el primer problema jurídico.

Finalmente, se debe advertir que el Despacho no ignora la expedición de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del pasado veinticinco (25) de abril del año 2019, según la cual se deben tener en cuenta estas subreglas en materia de pensiones del personal docente:

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

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

se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

(...)

Sobre este pronunciamiento el Despacho tiene claro que las circunstancias fácticas y jurídicas por las que se expidió esta providencia, son distintas a las que se resuelven en este proceso, sin embargo, en la línea interpretativa que se viene exponiendo, queda claro que esta sub-regla jurisprudencial permite colegir la claridad que existe sobre la condición de régimen exceptuado de los asuntos pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual no es la ley 100 de 1993 la que regula las distintas situaciones pensionales, y específicamente la que regula el reajuste pensional anual, sino, en estos casos, la ley 71 de 1988.

Conclusión: Por lo expuesto, en criterio del Despacho, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho a un reajuste pensional equivalente al incremento anual del salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con el artículo 1 de la ley 71 de 1988, en concordancia con el artículo 279 de la ley 100 de 1993, por tratarse de un régimen exceptuado.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

Se recuerda que en el proceso, además del problema jurídico que acaba de resolverse, también se incluyó una pretensión relacionada con el cese del cobro, y la devolución de un porcentaje por concepto de cotización al sistema de seguridad social en salud (12%), sobre las mesadas ordinarias y adicionales que perciben los docentes afiliados al FNPSM. En ese entendido se pasa a resolver en los siguientes términos:

Tesis Del Juzgado

Los docentes afiliados al FNPSM no tienen derecho al cese del cobro y a la devolución de un porcentaje de los aportes que realizaron y realizan al sistema de seguridad social en salud. Las razones son las siguientes:

Sobre los descuentos en salud

El descuento con destino a la salud sobre los pagos efectuados a los trabajadores fue consagrado por el Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 6° de 1966; con respecto a los pensionados prescribió el parágrafo del artículo 2:

(...) PARÁGRAFO. Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión. (Negrita por fuera del texto original)

Desde entonces, la regulación normativa sobre estos pagos ha sido prolífica. Aquí se citarán tales normas a manera simplemente enunciativa, para luego abordar el

análisis que ha hecho la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo sobre la materia.

El Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3531 de 1968¹⁰ en el numeral 3 del Art. 90 indicó que el descuento se haría de cada mesada pensional. De otro lado la ley 91 de 1989, en el numeral 2 del art. 5 indicó que uno de los objetivos del FNPSM era garantizar la prestación del servicio médico-asistencial, y en el art. 8 estableció que el fondo estaría constituido entre otros, con ***El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados...*** (Negrita del Despacho).

A su vez, la ley 100 de 1993, creó el Sistema de Seguridad Social Integral, y en su art. 279 expresamente exceptuó de su aplicación ***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.***

Empero, el art. 142, de esta última ley instituyó la mesada adicional de junio en favor de los pensionados, a la par que en el artículo 50 mantuvo la mesada del mes de diciembre, sobre las que se reguló en El decreto 1073 de 2002, en el parágrafo del art. 1, que los descuentos sobre las mesadas pensionales adicionales de que tratan los arts. 50 y 142 no podrían realizarse.

Además, la ley 812 de 2003, en el art. 81 dispuso textualmente en su cuarto inciso:

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. (Negritas del Despacho).

Este apartado fue declarado EXEQUIBLE, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-369-04 de 27 de abril de 2004.

Sobre el valor de las cotizaciones

El art. 204 de la Ley 100 de 1993 estableció el ***Monto y distribución de las cotizaciones indicando que sería de máximo del 12% del salario base de cotización***, pero el art. 10 de la Ley 1122 de 2007, dijo que dicho monto ***a partir del primero (1º) de enero del año 2007***, (sería) ***del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.*** Aunque la norma quedo derogada por el art. 1º de la ley 1250 de 2008, que adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 al indicar que ***La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del***

ingreso de la respectiva mesada pensional... norma sobre la que la Corte constitucional en sentencia T-359 de 2009 analizó indicando que dicha ley estableció **de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate.**

Del recuento normativo y jurisprudencial se puede concluir que la remisión normativa que hace el régimen prestacional docente a las normas de la Ley 100 de 1993, se concreta al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben hacer por concepto de salud, incluyendo dichos descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado N° 2015-02164-00, a propósito del asunto que aquí se debate expuso:

Visto lo anterior, la Sala encuentra que la decisión cuestionada es razonable, pues, en efecto, los descuentos efectuados a las mesadas pensionales adicionales son legales.

Si bien los docentes afiliados a FONPREMAG gozan de un régimen pensional excepcional, lo cierto es que el art. 81 de la Ley 812 de 2003 previó que deben efectuar los aportes en salud, conforme con lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esto es, en los mismos términos que los pensionados bajo el régimen general (12 %).

Además, no existe ninguna norma que exima a los docentes afiliados a Fonpremag de efectuar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales.

Por su lado, la Sección Segunda de la misma Alta Corporación Judicial, en casos similares, ha considerado:

Se observa igualmente, que los jueces de instancia realizaron un análisis del contenido normativo de las leyes referidas, e indicaron que la Ley 812 de 2003 modificó lo concerniente a la tasa de cotización que estaba fijada en la Ley 91 de 1989, pasándola del 5% al 12%, pero no alteró lo fijado en esta última norma respecto de las mesadas sobre las cuales se deben efectuar dichos descuentos, así como tampoco varió lo relacionado con el destino de las mismas deducciones.

En cuanto a la aplicación del parágrafo del art. 1° del Decreto 1073 de 2002¹¹, consideraron las autoridades judiciales accionadas que dicha norma no tiene nada que ver con el régimen especial aplicable a los docentes, toda vez que el objeto del mencionado decreto es reglamentar las Leyes 71 y 79 de 1988, señalándose así la prohibición de realizar descuentos distintos a los legales y reglamentarios, es decir, **no hace referencia a aquellos destinados a la**

seguridad social en salud, sino a deudas y créditos que contrae el pensionado¹².

Respecto al precedente vertical, relacionado con los descuentos en salud, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo también ha mantenido la posición de que los descuentos por concepto de salud realizados a las mesadas de los docentes, son procedentes de conformidad con la normativa aplicable, esto es, el numeral 5 del art. 8 de la Ley 91 de 1989.

Es así que en sentencia del 24 de febrero de 2017, el Tribunal Administrativo de Caldas en caso similar concluyó¹³:

"(...) Corolario del recuento normativo y jurisprudencial reseñado, es que la entidad demanda <da>, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha actuado conforme a derecho, porque si bien es cierto los docentes afiliados a dicho fondo se encuentran exceptuados del régimen de Seguridad Social Integral, también es cierto que, tratándose del Sistema de Seguridad Social en Salud, con fundamento en los principios consagrados en la Constitución Política, el monto con el cual deben aportar al sistema, se encuentra expresamente definido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Así mismo se concluye que la pensión de jubilación al ser un ingreso recibido por la docente, forma parte de la base de cotización para el sistema de salud, además es claro que la Ley 100 de 1993 establece que el pensionado debe aportar sobre el 12% de lo que recibía en virtud de dicha calidad..."¹⁴

Ahora bien, como antecedente horizontal advierte este servidor que el juzgado 4° Administrativo de este Circuito, se ha venido pronunciando en sentido similar al que aquí se ha expuesto, por ejemplo en las decisiones adoptadas en providencia dictada el pasado 23 de agosto de 2019 dentro de los procesos radicados 2016-00218 y 2017-00331.

Finalmente se advierte que en este mismo despacho judicial, en procesos tramitados a inicios de la década anterior, ya se había pronunciado sobre los descuentos que deben realizarse a los docentes pensionados, en decisiones que terminaron siendo avaladas en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas, entre otras razones, esgrimiendo el principio de solidaridad que rige dicho sistema de seguridad. Aunque en aquellos casos se debatía acerca del descuento que recaía sobre la pensión gracia de los demandantes, los argumentos con los cuales se resolvieron las pretensiones en esas oportunidades iluminan también la solución a los casos que se finiquitan en esta instancia. A lo dicho en aquella oportunidad se remite pues, nuevamente, este funcionario.

En conclusión, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al cese del descuento del 12 % por concepto de aporte al régimen de seguridad social en salud.

EL CASO CONCRETO

En el caso del señor Aurelio Berrio se ordenará la nulidad de la resolución 9040-6 del 23 de noviembre de 2017.

En cuanto a la prescripción tenemos que a la demandante se le reconoció su derecho pensional desde el **08/03/1994**. Posteriormente, el **27/10/2017**, radicó la solicitud para el reajuste pensional, por ende, se ha configurado parcialmente la excepción de prescripción propuesta. En este sentido, el reconocimiento y pago de las sumas adeudadas se efectuará a partir del **27/10/2014**, en virtud de la prescripción trienal.

Con base en lo anterior, queda constatado que el accionante estaba afiliado al FNPSM, y que su prestación fue incrementada con base en lo ordenado por el artículo 14 de la ley 100 de 1993, es decir, con base en el IPC.

Por lo anterior, se ordenará la nulidad de la resolución por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del incremento pensional con base en el porcentaje del salario mínimo legal mensual vigente.

A título de restablecimiento del derecho se le ordenará al FNPSM que reajuste anualmente, la pensión mensual vitalicia de quien aquí demanda desde la fecha en que el reconocimiento se hizo efectivo, con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente.

Posteriormente determinará la diferencia entre la suma pagada y la que debió pagar de conformidad con lo dicho en esta sentencia, monto que deberá ser reconocido y pagado al demandante.

Las sumas serán canceladas de acuerdo con lo anterior y hasta que se haga efectiva la reliquidación, en los términos fijados por el art. 192 y siguientes del CPACA, los reajustes serán indexados mes a mes, es decir, actualizados, mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula financiera empleada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El acto administrativo de reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación, ordena en el artículo cuarto la parte resolutive, efectuar los descuentos de salud correspondientes al 5% o el 12% dependiendo de la normatividad aplicable en el tiempo que fue proferido el acto administrativo.

Corolario de lo expuesto, es que habrá de negarse las pretensiones en cuanto no le asiste razón a las partes demandantes al pretender que las pensiones ordinarias de jubilación, disminuya el porcentaje de los descuentos que por salud les viene realizando la entidad demandada en las mesadas adicionales y ordinarias.

SOBRE LAS EXCEPCIONES

Con los argumentos expuestos en esta sentencia y con el análisis de cada uno de los problemas se ha dado respuesta a las excepciones de mérito propuestas por el FNPSM. Específicamente, este Despacho se ha pronunciado sobre la prosperidad parcial de la excepción de prescripción.

Asimismo, al encontrarse que existen razones jurídicas para la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, se ha resuelto, de contera, la carencia de mérito para la prosperidad la excepción: *“inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”*. Por lo tanto se despachará desfavorablemente de manera parcial.

Finalmente, el Despacho no encuentra la configuración de otro tipo de excepción (*la genérica*).

En consecuencia, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo por medio del cual se negó el reajuste pensional indicado y la devolución de aportes en salud. Por ende, se ordenará que a título de restablecimiento del derecho se realice el ajuste salarial de la pensión de la parte actora y se paguen las sumas dejadas de percibir año a año. Las demás pretensiones serán negadas.

COSTAS

Con fundamento en el art. 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la parte demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL– FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en favor de la parte actora, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al CGP (Arts. 365 y 366).

Por agencias en derecho se fijan las sumas correspondientes al 6% de las pretensiones triunfantes, conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS PARCIALMENTE las excepciones propuestas por la Nación-Ministerio de Educación– Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio denominadas: *“prescripción”* e *“inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”*, en el proceso instaurado por Aurelio Berrio.

En cuanto a la pretensión de reajuste pensional con base en el salario mínimo solo prospera la prescripción. Sobre la devolución de un porcentaje del aporte por concepto de seguridad social en salud, se probó la inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la resolución 9040-6 del 23-11- 2017, en cuanto negó la solicitud de reconocimiento de pago del incremento periódico de las pensiones conforme al aumento fijado por el Gobierno Nacional para el Salario mínimo solicitada.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que proceda a reajustar anualmente, mes por mes, la pensión mensual vitalicia de la parte demandante, con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente desde la fecha del reconocimiento pensional.

Posteriormente determinará la diferencia entre la suma efectivamente pagada y la que debió pagar, para fijar el monto que deberá reconocer y pagar. Estas cifras se reconocerán desde el **27/10/2014** en virtud de la prescripción

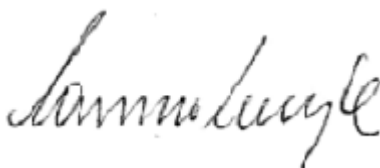
CUARTO: La suma que se pague se actualizará utilizando la fórmula de matemática financiera empleada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la actualización del dinero. Actualización que se hará mes a mes, tomando como índice inicial el establecido para el mes en que causó la diferencia y en índice final el del mes anterior al de la fecha en que produzca el pago.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP arts. 365 y 366.

Por agencias en derecho se fija la suma de \$1.072.054.00

SEXTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el arts. 192 y normas concordantes y siguientes del CPACA.

Notifíquese,



CARLOS MARIO ARANGO HOYOS
Juez

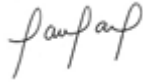
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO

MANIZALES – CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

El auto anterior se notifica en el Estado No. 054 del

26 DE AGOSTO DE 2020

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Paula', is positioned above the printed name of the signatory.

PAULA ANDREA HURTADO DUQUE

Secretaria