



Cartagena de Indias D.T y C, once (11) de agosto de dos mil veinte (2020)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2018-00201-00
Demandante	VERCELIA ZUÑIGA DE MENDEZ; JUDITH HELENA FERREIRA DE BARRETO; MAGALY VILLALOBOS DE DELGADO Y ARCELIO DEL CARMEN VELASQUEZ CARREAZO
Demandado	SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA; MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	Reajuste pensional de docentes conforme a lo establecido en la ley 71 de 1988, o al artículo 14 ley 100 de 1993; descuentos del 12% para salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre
Sentencia No	0081

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora **VERCELIA ZUÑIGA DE MENDEZ Y OTRAS**, a través de apoderada judicial, contra la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA; MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

Se tienen como hechos los expuestos en el libelo demandatorio, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma:

A los accionantes les fueron reconocidas pensión vitalicia de jubilación a través de actos administrativos. Dichas pensiones han sido reajustadas a partir del año siguiente a su reconocimiento, de acuerdo al IPC, mas no, con el aumento porcentual señalado por el Gobierno para el salario mínimo.

A los demandantes les son reconocidas anualmente 14 mesadas, que equivalen a 12 mesadas ordinarias y 02 adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre. Sobre las mesadas adicionales se han efectuado descuentos por concepto de aportes a salud.

Con base en lo anterior, solicita se concedan las pretensiones de la demanda.

- PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto negativo de fecha 11 de octubre de 2017, expedido por la SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE CARTAGENA, actuando en nombre y representación del FOMAG.

2. Que a título de restablecimiento del derecho se condene a SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE CARTAGENA, actuando en representación del MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reajustar las pensiones de jubilación de los accionantes de acuerdo a lo establecido en la ley 71 de 1988, esto es, de conformidad con el incremento porcentual anual del salario mínimo legal mensual, y no con el IPC.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

3. Que se ordene el pago de las diferencias retroactivas que surjan, teniendo como parámetro de incremento el porcentaje del salario mínimo legal mensual, desde la fecha en la que fueron reconocidas las prestaciones hasta cuando se produzca el pago, debidamente indexado.
4. Que se suspenda el pago de aportes por concepto de salud que se han efectuado sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de las accionantes.
5. Que se paguen las diferencias generadas en ocasión al pago indebido de los aportes por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, desde que fue efectuado el primer descuento hasta que se realice el pago efectivo.
6. Que se reconozca y paguen intereses moratorios conforme el artículo 141 de la ley 100 de 1993.
7. Que se condene en costas a la parte demandada.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera la apoderada judicial de las accionantes que con la expedición del acto acusado la accionada ha trasgredido las siguientes normas:

Constitucionales: 2, 6, 25, 29 y 58.

Legales: art. 1 de la Ley 71 de 1988, art. 37 del Decreto 3135 de 1968, art. 90 del Decreto 1848 de 1969, art. 7 de la Ley 42 de 1982, art. 5 de la Ley 43 de 1984, art. 1 del Decreto 107 de 2002, Ley 812 de 200, así como las normas concordantes.

Como concepto de violación de las normas invocadas, indicó, primeramente, que los actos acusados violan lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, toda vez que, los reajustes porcentuales anuales se efectuaron de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, de acuerdo al IPC decretado por el Gobierno Nacional, y no en cumplimiento del artículo 1 de la Ley 71 de 1988, es decir, con el mismo porcentaje en que ha sido incrementado el salario mínimo legal mensual por el Gobierno Nacional.

Y agregó, que además se violan las otras normas invocadas, por cuanto a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, no se les debe efectuar descuento de las mesadas adicionales de junio y diciembre del 12% con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que durante los meses en que se reciben, al pensionado se le efectuó el descuento en la mesada ordinaria.

Con base en lo anterior, solicita se concedan las pretensiones de la demanda.

- CONTESTACIÓN

FOMAG

Indicó que, en el caso de la parte demandante, el monto o cuantía de la mesada pensional reconocida e impugnada a través del presente medio de control, fue liquidada con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos pensionales de la parte demandante, así mismo, atendiendo las pautas jurisprudenciales vigentes al momento de la expedición del acto administrativo de reconocimiento.

Y agregó, que del “análisis exhaustivo de los documentos anexos a la demanda, se puede verificar que la pretensión de la señora VERCELIA ZUÑIGA DE MENDEZ, no está ajustado a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le ajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año estatus de pensión...”





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

Con el fin de atacar las pretensiones elevadas, presentó las excepciones de “Inexistencia de la obligación”, “Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, y “Compensación”

DISTRITO DE CARTAGENA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN

En síntesis, planteó, que se opone a las pretensiones de la demanda, toda vez que, la Secretaria de Educación Distrital no es la que realiza pagos y aumentos anuales a los pensionados demandantes, y menos aún descuentos del 12% a las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre de los años señalados por la parte demandante, si no que estos descuentos son aplicados directamente por la Fiduprevisora S.A.

Con base en lo anterior, solicitó se desvincule al DISTRITO DE CARTAGENA del presente medio de control.

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 05 de septiembre de 2018, admitida mediante auto del 12 de septiembre del mismo año y notificada mediante estado 115 de 2018.

Por auto del 01 de abril del 2019, se cita a las partes a audiencia inicial para el 27 de mayo de 2019. Llegada la fecha señalada para la diligencia, la misma se realiza, en ella se fijó el litigio, se decretaron unas pruebas y se señaló fecha el día 03 de julio de 2019, para llevar a cabo la audiencia de pruebas, la cual, fue suspendida hasta tanto fuera allegada las repuestas que hacían falta, y se indicó que por auto separado se señalaría fecha para la continuación de la audiencia de prueba; luego, al verificar que se había allegado las pruebas que hacían falta, mediante auto de fecha 03 de febrero de 2020, se señaló el día 12 de marzo para la continuación de la audiencia de prueba, en la cual, se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para presentar los alegatos finales por escrito.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: No presente.

FOMAG: Indicó que, respecto al reajuste de pensión conforme al salario mínimo, el artículo 71 de la Ley 71 de 1788, fue sustituido por el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en cuanto a que el ultimo deviene del desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política; y, si se tiene en cuenta el criterio de aplicación temporal de la norma, la posterior esto es, el artículo 14 de la ley 100 de 1993, prevalece en su aplicación frente al artículo 1 de la ley 71 de 1988, máxime que la norma posterior establece que únicamente se actualizan con el incremento del salario mínimo sólo si corresponden al salario mínimo.

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.



4. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

- 1- Consiste en determinar si los accionantes tienen derecho que su mesada pensional se reajuste de acuerdo a lo establecido en la ley 71 de 1988, esto es, de conformidad con el incremento porcentual anual del salario mínimo legal mensual, y no con el IPC.
- 2- Determinar la legalidad de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre que perciben los demandantes, y si consecuentemente tienen derecho a la devolución e indexación de los referidos descuentos.

TESIS

En atención a que la manera de reajuste contemplada en la Ley 71 de 1988 es incompatible con la nueva forma de reajustar las pensiones señalada en la posterior Ley 100 de 1993, resulta obligatorio concluir que operó una derogatoria tácita; de allí que, la tesis de la parte demandante sea improcedente a la luz de los postulados expuestos, no solo porque no opera la figura de los derechos adquiridos en materia de reajuste, sino que la fórmula de reajuste que solicitan se les aplique está fuera del ordenamiento jurídico.

Igualmente, no encuentran el Despacho razones para acceder a la pretensión consistente en suspender los descuentos que por concepto de salud el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO hace de las mesadas pensionales adicionales de las demandantes y ordenar la devolución de los descuentos realizados por dicho concepto, pues, como se advirtió, dicha entidad se encuentra autorizada para hacerlo por el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, disposiciones especiales que se encuentra vigentes y que por ende deben cumplirse.

En consecuencia, al no desvirtuarse la presunción de legalidad de los actos demandados, el Despacho denegará las pretensiones de la demanda.

A las anteriores conclusiones arribó el Despacho teniendo en cuenta los fundamentos jurisprudenciales, normativos y probatorios que a continuación se exponen:

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En sentencia de fecha 17 de agosto de 2017, al estudiar la nulidad del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, el Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Ponente WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, sobre los derechos adquiridos y reajustes de pensiones, acotó lo siguiente:

“Los derechos adquiridos y el reajuste de pensiones

Las modificaciones introducidas en materia pensional por el Sistema General de Seguridad Social, especialmente en lo relacionado con el tema pensional, impuso la necesidad de examinar el tema de las situaciones individuales y subjetivas consolidadas bajo la vigencia de normas anteriores, como lo son las prestaciones reconocidas con base en las disposiciones que quedaron derogadas por la Ley 100 de 1993, habida cuenta de la protección que el artículo 48 de la Constitución Política otorga en este sentido al indicar «en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos».

Así las cosas, la Corte Constitucional ha definido lo que debe entenderse con la expresión derechos adquiridos de la siguiente manera:

«[...] son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior. Existe un derecho adquirido cuando respecto de un determinado sujeto, los hechos descritos en las premisas normativas tienen debido cumplimiento.[...]»[5]

La anterior concepción ha llevado, igualmente, a definir las meras expectativas como aquellas «probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad.»[6]; nociones que resulta necesario tener presentes en el caso sub examine pues tienen incidencia en el ámbito de protección constitucional.

En efecto, mientras que los derechos adquiridos gozan de expreso amparo de la Carta, las meras expectativas no, aunque tal y como lo estimó la sentencia C-147 de 1997[7], pueden ser objeto de una consideración especial de la ley, para impedir que se generen situaciones desiguales o inequitativas para algunos sectores de la población con los cambios de legislación, o en busca de cualquier otro objetivo de interés público o social.

En ese orden, la Ley 100 de 1993, en materia de pensiones, en los artículos 11 y 36, dispuso la salvaguarda de aquellas situaciones que se hubieren consolidado para la fecha en la que la misma entró en vigencia al prever:

ARTÍCULO 11[8]. El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores 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 sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.[9]

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.[10]

También, tuvo una consideración especial con aquellas personas que tenían una expectativa cercana de adquirir el estatus pensional conforme la normativa anterior que regulara el régimen al que venían afiliados, al permitir que se beneficiaran de las condiciones de edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto de la mesada, empero, las demás condiciones y requisitos se regularían por las disposiciones contenidas en dicha ley[11].

Sobre el reajuste de las pensiones, el artículo 53 de la Constitución Política prescribe «[...] El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales [...]». En desarrollo de este postulado, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 decreta:

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[12].*





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

PARÁGRAFO[13]. <Parágrafo modificado por el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno nacional podrá establecer 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 y 82 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. El Gobierno nacional determinará los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura. El Consejo Superior de Política Fiscal (Confis) otorgará aval fiscal para estas coberturas.

De mismo modo, el artículo 142 incluyó una mesada adicional anualmente[14] y el artículo 143[15] implementó un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la misma ley, teniendo en cuenta los cambios en las cotizaciones que la nueva norma contiene[16].

En relación con el artículo 14 transcrito, resulta pertinente poner de presente algunas de las consideraciones que la Corte Constitucional expuso en la sentencia C-387 de 1994[17], por ser pertinentes al objeto de debate en el presente asunto.

En aquella oportunidad, la Corte 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 hacerlo[18].

Sobre este último aspecto, aclaró que ese hecho no se opone al contenido del artículo 58 ibidem, puesto que «no hay derechos adquiridos sobre el factor o porcentaje en que se deben incrementar las pensiones, sino meras expectativas. Por tanto, la ley bien puede modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales».

Hasta este punto se concluye que el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido.

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

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



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

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

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

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

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

DE LA PENSIÓN Y LOS APORTES EN SALUD

La Ley **4a** de 1966 "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", en relación con el aporte por concepto de salud sobre las pensiones, dispuso:

"Artículo 2°.- Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma así:

(...)

Parágrafo.- Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional."

Esta disposición fue reiterada en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Con posterioridad, la Ley **4a** de 1976, "por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones" sobre el particular señaló:

"Artículo 7: Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependan económicamente de ellos de acuerdo con la ley, según lo determinen los reglamentos de las entidades obligadas tendrán derecho a disfrutar de los servicios médico, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento que las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre los aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios."

De la norma citada en precedencia, se encuentra que no hace distinción alguna, sino que establece el derecho a la seguridad social en salud para todos los pensionados, siempre que cumplieran con el pago de aportes para tales servicios.

A su turno, la Ley 100 de 1993, estableció en el artículo 153 como una regla general del servicio público de salud, la obligatoriedad de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

para todos los habitantes de Colombia, dentro de los cuales, se entiende, quedan incluidas las personas que disfrutaban de pensión de jubilación.

Así mismo, en el artículo 157 de la citada ley, se establecen los tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud incluyendo tanto a afiliados al régimen contributivo como al régimen subsidiado y entre los primeros el legislador incluyó a los pensionados y jubilados.

LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE

En cuanto a la mesada adicional de diciembre, no fue contemplada por una disposición especial de manera diferente o exclusiva a favor de los docentes, sino que se trata de una prerrogativa de la que gozan los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado, que tuvo como origen la Ley 4ª de 1976, publicada en el Diario Oficial N° 34.483, del 5 de febrero de 1976, de la siguiente manera:

"Artículo 5° Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión."

A modo de referencia se advierte, que la Ley 100 de 1993, reiteró en su artículo 50, lo contemplado en el Artículo 5° de la Ley 4ª de 1976, así:

"MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobre vivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión."

Dicha norma además en su artículo 142 consagró la mesada adicional de junio, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS.
<Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causados y reconocido antes del primero (1) de enero de 1988~~, 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."

DESCUENTO POR CONCEPTO DE SALUD EN LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

El descuento para salud fue consagrado, en principio, por el Decreto 1743 de 1966 reglamentario de la Ley 6a de 1966, que indicó:

"ARTÍCULO 2o. Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento en éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966)."



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación.

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."

ARTICULO 3o. A partir del 1o de enero de 1966, los establecimientos públicos, institutos descentralizados y demás entidades de derecho público del orden nacional, con patrimonio propio y cuyos trabajadores sean afiliados forzosos a la Caja Nacional de Previsión Social, están obligados a contribuir con un cinco por ciento (5%) del valor de sus respectivos presupuestos de funcionamiento, con destino a dicha entidad por concepto de cuota patronal.

Igualmente, los Notarios y Registradores están obligados a destinar un cinco por ciento (5%) de los ingresos mensuales, debidamente certificados por la Superintendencia de Notariado y Registro, a favor de la Caja Nacional de Previsión Social.

Los Pagadores respectivos no podrán hacer pagos sin que previamente giren el cinco por ciento (5%) para la Caja Nacional de Previsión Social."

Luego, el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, señaló:

"Art. 90... Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensionar."

El Decreto 732 de 19761 reglamentario de la Ley 4' de 1976 dispuso:

"Artículo 16. A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados... contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:

- 1-Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.*
- 2-Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria..."*

Por su parte, la Ley 42 de 1982 en su artículo 7°, proscribió expresamente todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5° de la Ley 4a de 1976, tanto a las organizaciones gremiales, como a las entidades encargadas del pago de pensiones.

Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984, publicada en el Diario Oficial N° 36.824, del 3 de enero de 1985, así:

"Artículo 5°.- A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional."

La ley 91 de 1989, por su parte, dispuso la administración y pago de las pensiones y la administración y prestación del servicio médico de salud de **todos los docentes sin excepción alguna**, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Específicamente en el numeral 5° del artículo 8° de la citada disposición, indicó:

"Art. 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017

Página 9 de 20





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.
4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. **El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.**

(...)

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2." **Negrillas y subrayas del Despacho.**

Es decir, que todos los docentes pasaron a ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a cargo de la administración de su servicio médico de salud, por ende, dicha entidad se encontraba autorizada por la Ley 91 de 1989 para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara, **inclusive las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.**

La Ley 100 de 1993, creó el Sistema de Seguridad Social Integral, y en su artículo 279 expresamente dispuso:

"ARTICULO. 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 aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida..." **Negrillas fuera de texto**

A través del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993, se proscribió los descuentos sobre las mesadas pensionales adicionales para los beneficiarios de dicho régimen, de la siguiente manera:

"Artículo 1°. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales" Negrilla fuera de texto

Posteriormente, mediante la Ley 812 de 2003 vigente a partir del 27 de junio de 2003, el legislador dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, como se cita enseguida:

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

El inciso 4° del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, bajo las siguientes consideraciones:

*"...6- La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. Sin embargo, **una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - sin que la norma establezca ninguna excepción - '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'.** Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003." Negrilla y subraya fuera de texto*

Así las cosas, a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de la cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007 en 12.5%, y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008 en el porcentaje del 12%.

Posteriormente, el primer parágrafo transitorio del Acto Legislativo 001 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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

*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" **Negrilla fuera de texto***

Luego entonces, entiende el Despacho, que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, **pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional** dado que por pertenecer a uno especial, se encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 de la citada ley, y el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005 que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Así las cosas, se tiene que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Si bien, las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989, especial, sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°.

Por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, pero ello no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general y obedece a la libre configuración legislativa.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, al resolver una acción de tutela interpuesta contra una sentencia judicial que denegó el reintegro de las sumas descontadas en las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación de un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló:

"Observa la Sala que, el tribunal accionado realizó un estudio juicioso de la normativa aplicable al caso concreto que le permitió establecer que, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, las personas que se encuentren afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidas de la aplicación del régimen general de seguridad social integral establecido en dicha Ley, razón por la que se creó un régimen especial, cuyas disposiciones se encuentran ratificadas por el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por el párrafo transitorio 1° del acto legislativo 001 de 2005.

En lo relacionado con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que, en principio, estos fueron prohibidos por el artículo 1° del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, dichas normas no le son aplicables a los docentes, dado que estos pertenecen a un régimen especial exceptuado de la aplicación de la Ley 100, tal y como se dispone en el artículo 279 de esa norma en los siguientes términos:

"ARTICULO. 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,



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél 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.

Aunado a lo anterior se tiene que el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso lo siguiente:

Parágrafo transitorio lo. 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."

Así las cosas, se tiene que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, es la Ley 91 de 1989, la que, en el numeral 5° del artículo 8, prescribió que:

Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

(...)

*5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados. (...)' (Negritas fuera de texto)*

De la normativa trascrita se tiene que la autoridad judicial demandada no incurrió en el defecto sustantivo alegado por la parte demandante, toda vez que la decisión cuestionada se encuentra debidamente sustentada y ajustada a derecho y en ella se utilizaron criterios de interpretación expuestos de manera razonada, que no implican desbordamiento del orden jurídico, otra cosa es que la actora discrepe de la interpretación normativa efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el caso sometido a su consideración."

Así entonces, las normas que regulan el régimen excepcional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio deben ser las aplicadas, por encontrarse vigentes y ser las especiales al caso, toda vez, que de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus decisiones "sólo están sometidos al imperio de la ley".

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD QUE RIGE EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Valga precisar que, en casos como éste, prima el principio de solidaridad, pilar básico del Estado Social de Derecho, en virtud del cual, quienes obtienen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos, para garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social, reconocido por nuestra Constitución Política, en los siguientes términos:

"Artículo 1 C.P. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

*Artículo 48. **La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio** que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, **en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad**, en los términos que establezca la Ley...*

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

*Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la **prestación de servicios de salud** a los habitantes y de saneamiento ambiental **conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad...***

*Artículo 95. ...Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. **Obrar conforme al principio de solidaridad social**, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas".*

Negrilla fuera del texto

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha reflejado en su jurisprudencia el papel preponderante del principio de solidaridad, de la siguiente manera:

“La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social. La seguridad social es, en la acertada definición del preámbulo de la Ley 100 de 1993, el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la persona 'y la comunidad', para que, en cumplimiento de los planes y programas que el Estado y "la sociedad" desarrollen, se pueda proporcionar la 'cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica', con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad": La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como propósito común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad.

(...)

La Corte determinó que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación. El fin perseguido es garantizar la debida atención de las contingencias a las que están expuestos los afiliados y beneficiarios. Todo ello es consecuencia de considerar que el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino que se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo.

Así, pretende desarrollar el principio de solidaridad, porque en este subsistema se da la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos y las comunidades, bajo la protección del más fuerte hacia el más débil. El objetivo entonces es que se pueda obtener una pensión adecuada que ampare al afiliado en su vejez o invalidez y que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes en caso de muerte puedan alcanzar esa prestación. Pero además el sistema pretende obtener los recursos de financiamiento para aquellos afiliados cuyos recursos son insuficientes, quienes también tienen derecho a las prestaciones propias del sistema. (...)



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

Este pronunciamiento deriva no sólo de los artículos 1 y 95 de la Carta; la solidaridad también aparece consagrada en el artículo 48 de la Constitución como uno de los principios medulares del servicio público obligatorio de la seguridad social. (...)

*La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad. La solidaridad no se encuentra sólo en cabeza del Estado sino que también los particulares tienen una carga al respecto. Además, **según la filosofía del sistema, los aportes no tienen que verse necesariamente reflejados en las prestaciones, pues estos aportes tienen finalidades que sobrepasan el interés individual del afiliado y apuntan a la protección del sistema considerado como un conjunto dirigido a proteger a toda la población.**" Negrilla fuera del texto*

La Ley 100 de 1993, incluye dentro de los principios que rigen el Sistema en Seguridad Social, el de solidaridad, así:

"Artículo 2° PRINCIPIOS. *El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:*

c. SOLIDARIDAD: Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicaran siempre a los grupos de población más vulnerables.

(...)"

Por tanto, el principio constitucional de solidaridad impone la obligatoriedad de ayuda entre congéneres y supone la colaboración de la sociedad con aquellas personas que se encuentran en desventaja.

Es indiscutible que algunas personas tienen más posibilidades económicas que otras, además, cabe manifestar que con el descuento reclamado, el actor está contribuyendo a la sostenibilidad, equidad y eficiencia del Sistema, lo que implica que las personas menos favorecidas también puedan recibir un servicio de salud adecuado.

Aunado a lo anterior, es importante aclarar que el régimen pensional, cualquiera que éste sea, se rige por el principio de solidaridad, por ello, no puede colegirse que el otorgamiento de la pensión de jubilación esté exenta de los respectivos aportes al sistema, y por lo tanto, obliga a que los acreedores de esa pensión con un aporte mensual, contribuyan al mantenimiento de un capital base que permita al Estado atender el conjunto de obligaciones que genera el sistema.

Vistas así las cosas, no podría considerarse válidamente que el Decreto Reglamentario 1703 de 2002, excluyó a los beneficiarios de la pensión de jubilación del principio de solidaridad y los eximió de la contribución en salud.

Ello carecería de toda razón en la lógica del funcionamiento del Estado Social de Derecho. El artículo 14 de esa norma previó:

"Artículo 14. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. *Para efectos 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*



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

*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 (negrilla fuera de texto). (...)

CASO CONCRETO

En el caso particular, se tiene que, las demandantes promovieron el presente medio de control con la finalidad que se le ordene a la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena, Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, reajustar sus pensiones de jubilación de acuerdo a lo establecido en la ley 71 de 1988, esto es, de conformidad con el incremento porcentual anual del salario mínimo legal mensual y no con el IPC; así mismo, para que se le ordene que suspenda el pago de los aportes por concepto de salud que se han realizado sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, y en consecuencia, le sean reintegradas las sumas de dinero descontadas por dicho concepto.

En respaldo de sus pretensiones, la parte demandante, indicó, primeramente, que los actos acusados violan lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, toda vez que, los reajustes porcentuales anuales se efectuaron de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, de acuerdo al IPC decretado por el Gobierno Nacional, y no en cumplimiento del artículo 1 de la Ley 71 de 1988, es decir, con el mismo porcentaje en que ha sido incrementado el salario mínimo legal mensual por el Gobierno Nacional.

Y agregó, que además se violan las otras normas invocadas, por cuanto a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, no se les debe efectuar descuento de las mesadas adicionales de junio y diciembre del 12% con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que durante los meses en que se reciben, al pensionado se le efectuó el descuento en la mesada ordinaria.

A su turno, el FOMAG, señaló que, en el caso de la parte demandante, el monto o cuantía de la mesada pensional reconocida e impugnada a través del presente medio de control, fue liquidada con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a sus derechos pensionales, así mismo, atendiendo las pautas jurisprudenciales vigentes al momento de la expedición del acto administrativo de reconocimiento.

Y agregó, que del “*análisis exhaustivo de los documentos anexos a la demanda, se puede verificar que la pretensión de la señora VERCELIA ZUÑIGA DE MENDEZ, no está ajustado a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le ajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año estatus de pensión...*”

Con el fin de atacar las pretensiones elevadas, presentó las excepciones de “*Inexistencia de la obligación*”, “*Cobro de lo no debido*”, “*Prescripción*”, y “*Compensación*”



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

Por último, el DISTRITO DE CARTAGENA, planteó, que se opone a las pretensiones de la demanda, toda vez que, la Secretaria de Educación Distrital no es la que realiza los pagos y aumentos anuales a los pensionados demandantes, y menos aún descuentos del 12% a las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre de los años señalados por la parte demandante, si no que estos descuentos son aplicados directamente por la Fiduprevisora S.A.

Con base en lo anterior, solicitó se desvincule al DISTRITO DE CARTAGENA del presente medio de control.

Pues bien, una vez examinado el acervo probatorio que obra en el expediente, encuentra el Despacho como medios de conocimiento relevantes los siguientes:

-Resolución No 0292 del 14 de febrero del año 2008 (fls. 28-30), por medio de la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – a través de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA -, le reconoció pensión de jubilación a la señora **VERCELIA ZUÑIGA DE MEDEZ**.

-Resolución No 00400 del 03 de septiembre del año 1992 (fls. 31-32), por medio de la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconoció pensión de jubilación a la señora **JUDITH HELENA BARRETO DE FERREIRA**.

-Resolución No 3480 del 27 de julio del año 2012 (fls. 33-35), por medio de la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – a través de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA -, le reconoció pensión de jubilación a la señora **MAGALY VILLALOBOS DE DELGADO**.

-Resolución No 49 del 10 de febrero del año 1999 (fls. 39-41), por medio de la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconoció pensión de jubilación al señor **ARCELIO DEL CARMEN VELAZQUEZ CARREAZO**.

-Petición radicada el día 11 de julio de 2017, mediante la cual la apoderada de la parte demandante solicitó a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reajustar las pensiones de jubilación de sus poderdantes, de acuerdo con lo establecido en la Ley 71 de 1988, esto es, de conformidad con el incremento porcentual anual del salario mínimo legal mensual y no con base en el índice de precios al consumidor I.P.C., como hasta ahora lo ha venido haciendo; así mismo, que suspenda el pago de los aportes por concepto de salud que se han realizado sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, y en consecuencia, le sean reintegradas las sumas de dinero descontadas por dicho concepto.

-Documentales visibles a folios 148 a 166, 171 a 195, de las cuales se extrae claramente que en efecto a los demandantes se les ha venido realizado los descuentos al sistema de salud en las mesadas adicionales.

-Acto ficto o presunto negativo nacido el día 11 de octubre de 2017, a causa de la omisión de la entidad demandada de dar respuesta a la petición radicada el día 11 de julio de 2017, mediante la cual la parte demandante le solicitó, reajustar las pensiones de jubilación de sus poderdantes, de acuerdo con lo establecido en la Ley 71 de 1988, esto es, de conformidad con el incremento porcentual anual del salario mínimo legal mensual y no con base en el índice de precios al consumidor I.P.C., como hasta ahora lo ha venido haciendo; así mismo, que suspenda el pago de los aportes por concepto de salud que se han realizado sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, y en consecuencia, le sean reintegradas las sumas de dinero descontadas por dicho concepto.

Pues bien, teniendo en cuenta que el problema jurídico planteado versa sobre si la manera correcta de reajustar las pensiones de jubilación de las demandantes actualmente, es la



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

establecida en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988 o la dispuesta en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, considera el Despacho que es necesario precisar cual de estas normas se encuentra vigente actualmente, y, por ende, cual es la aplicable en el caso de las demandantes.

De cara a lo anterior, resulta forzoso indicar, que la manera de reajustar las pensiones, establecida en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988 cobró vigencia a partir del primero de enero de 1989, y que, con la expedición de la Ley 100 de 1993 se dispuso una nueva forma de reajustar las pensiones contenida en el artículo 14.

Aunado a lo anterior, es preciso mencionar, que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, consagró que dicha 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 2° de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5° de la Ley 33 de 1985, el parágrafo del art. 7° de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen. Siendo menester recordar que, de acuerdo a lo señalado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, el principio de los derechos adquiridos, no opera frente a los reajustes pensionales, puesto que la forma y el porcentaje en que se deban hacer corresponde a una facultad del legislador, el cual puede variarla para garantizar el pago y poder adquisitivo de las pensiones en Colombia.

Por lo que, si bien dichas normas permiten extraer que la Ley 100 de 1993 no efectuó una derogatoria expresa de la forma de reajuste consignada en la Ley 71 de 1988, pues, únicamente hace alusión a dicha norma, en lo referente al parágrafo del artículo 7, sí resulta claro que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 reguló la misma materia que el artículo 1° de la Ley 71 de 1988 (reajuste anual de las pensiones), siendo imposible concertar el nuevo contenido normativo con el anterior, por lo que de acuerdo a lo señalado en el artículo 71 del Código Civil, es posible advertir que nos encontramos frente a una derogatoria tácita del reajuste pensional consignado en la norma precedente (artículo 1° de la Ley 71 de 1988), pues, no cabe duda que es incompatible el nuevo reajuste implementado por el legislador en la Ley 100 de 1993 con el anterior consignado en la Ley 71 de 1988.

Sumado a lo anterior, es menester tener en cuenta que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 expresa que dicha Ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y como se señaló anteriormente, resulta incompatible la manera de reajuste del artículo 1° de la Ley 71 de 1988 con la del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por lo que siendo contraria la anterior pierde vigencia, desapareciendo dicho artículo del ordenamiento jurídico.

Por ello, en atención a que la manera de reajuste contemplada en la Ley 71 de 1988 es incompatible con la nueva forma de reajustar las pensiones señalada en la posterior Ley 100 de 1993, resulta obligatorio concluir que operó una derogatoria tácita; de allí que, la tesis de la parte demandante sea improcedente a la luz de los postulados expuestos, no solo porque no opera la figura de los derechos adquiridos en materia de reajuste, sino que la fórmula de reajuste que solicitan se les aplique está fuera del ordenamiento jurídico.

Por lo que, con base en lo anterior, considera el Despacho que no le queda opción jurídica distinta que negar la pretensión de las demandantes referente a que se ordene el reajuste de sus pensiones de jubilación de acuerdo a lo establecido en la ley 71 de 1988, esto es, de conformidad con el incremento porcentual anual del salario mínimo legal mensual y no con el IPC

Por otro lado, respecto de la pretensión de la parte actora consistente en que se suspenda el pago de los aportes por concepto de salud que se han realizado sobre las mesadas adicionales de junio



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

y diciembre, y en consecuencia, le sean reintegradas las sumas de dinero descontadas por dicho concepto, resulta menester, primeramente, aclarar, que, conforme a la Ley 812 de 2003, a los pensionados afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, solo le es aplicable la Ley 100 de 1993 en lo que tiene que ver con el régimen de cotización en materia de salud, lo cual, tan solo se traduce en el incremento del porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en dicho Régimen General, sin embargo, en los demás aspectos, dentro de los cuales se encuentra la posibilidad de realizar descuentos por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a los docentes, le es aplicable el régimen jurídico establecido en la Ley 91 de 1989.

En decir, que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud, los pensionados afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, **pero esto no significa que se vea alterado su régimen prestacional** dado que por pertenecer a uno especial, se encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 de la citada ley, y el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005 que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Así las cosas, se tiene que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Ello porque, si bien, las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989, especial, sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°.

Por lo que, al ser así las cosas, no encuentran el Despacho razones para acceder a la pretensión consistente en suspender los descuentos que por concepto de salud el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO hace de las mesadas pensionales adicionales de las demandantes y ordenar la devolución de los descuentos realizados por dicho concepto, pues, como se advirtió, dicha entidad se encuentra autorizada para hacerlo por el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, disposiciones especiales que se encuentra vigentes y que por ende deben cumplirse.

Pero además de lo anterior, es menester destacar, que, de acuerdo a la Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, traída a colación, en virtud del principio de Solidaridad, que orienta el Sistema de Seguridad Social en Salud, los descuentos realizados para salud en las mesadas adicionales, resultan no solo válidos sino necesarios.

En consecuencia, al no desvirtuarse la presunción de legalidad de los actos demandados, el Despacho denegará las pretensiones de la demanda.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00201-00

que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explica el Consejo de Estado¹ a través de su jurisprudencia.

Ahora bien, la condena en costas a la parte vencida se profiere de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidan por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijan según lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura; no obstante todo lo anterior, en el caso de marras no habrá condena en costas como quiera que no se encontró acreditado la causación de las mismas.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No condenar en costas.

TERCERO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

0176e52627ecc16a1be099d446a4f82662b9a985bc737bf767050ee7010f5128

Documento generado en 11/08/2020 09:19:36 a.m.

¹ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: Willian Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016

