



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Expediente	11001-33-035-025-2019-00393-00
Demandante	ROSA EMMA CÁDENAS DE MUÑOZ
Demandada	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho

De conformidad con lo previsto en el artículo 182 A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y no avizorando causal que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la **SENTENCIA** que en derecho corresponda, conforme con lo siguiente:

II. ANTECEDENTES

a. Pretensiones:

La actora deprecia la declaratoria de existencia y nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo, producto de la petición enervada el 19 de septiembre de 2017, mediante la cual la actora solicitó al FOMAG y a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ el reajuste de la mesada pensional de manera anual de conformidad con el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el reintegro de los descuentos en salud de las mesadas adicionales.

A título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** solicitó condenar a las accionadas a ajustar anualmente la mesada pensional de la demandante con base en lo establecido en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ordenando su aplicación en forma retroactiva al año de consolidación del derecho.

Condenar a las accionadas al cese y reintegro de los descuentos en salud superiores al 5% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

Así mismo, pagar los valores resultantes por las diferencias existentes entre la mesada pensional que percibe y la reajustada desde el status de manera indexada con los ajustes al valor respectivos y los intereses moratorios de conformidad con los artículos 187, 189, 192 y 195 del CPACA.

a. Fundamentos fácticos

- La demandante se vinculó como docente con anterioridad al 27 de junio de 2003 y cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios para pensionarse, razón por la que se le reconoció mediante Resolución N° 001950 del 7 de junio de 1996 la pensión de jubilación
- Que el FOMAG, por intermedio de la Fiduciaria la Previsora S.A. le está descontando el equivalente del 12% en cada mesada pensional incluyendo las de junio y diciembre con destino a salud.
- El acto administrativo que le reconoció la pensión determinó que el beneficiario tiene derecho a que el reajuste de la pensión se haga en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, pero de manera arbitraria el ajuste que se le ha venido realizando es de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir con el mismo porcentaje que el IPC.
- El 19 de septiembre de 2017 solicito ante en Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaria de Educación de Bogotá el cese y devolución del porcentaje que excede el 5% de las mesadas adicionales y la aplicación de la Ley 71 de 1978, respecto de los ajustes anuales y en la misma proporción que se incrementa el salario mínimo, frente a lo cual guardó silencio.

b. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como **normas violadas** las siguientes:

Constitucionales: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121 y 209

Legales:

Ley 1437 de 2011
Ley 33 de 1985
Ley 91 de 1989
Ley 115 de 1994
Ley 100 de 1993
Ley 700 de 2001
Ley 797 de 2003
Ley 812 de 2003
Ley 1151 de 2007
Acto Legislativo 01 de 2005
Decreto 196 de 1995

c. Concepto de violación:

Consideró que para la liquidación de una pensión de jubilación a un docente vinculado al magisterio público debe aplicarse la normatividad legal que de ninguna forma desmejore o cause un detrimento sobre la mesada a pagar al pensionado.

Manifestó que el FONPREMAG dio una aplicación incorrecta aplicación al artículo 81 de la Ley 812 de 2003 la cual resulto desfavorable, vulnerando los derechos adquiridos de los docentes que se vincularon hasta el 26 de junio de 2003, los cuales fueron protegidos por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Trajo a colación la sentencia C-369 de 2004 de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil con la sentencia del 11 de marzo de 2010 dentro del proceso 11001-03-06-000-2010-00009-00.

Consideró que existe indebida aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 pues no fue querer del legislador retroceder en la protección de los derechos pensionales de los regímenes exceptuados, por el contrario buscó la salvaguarda del salario mínimo como norma determinante del incremento oficioso de las pensiones. La aplicación del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 resulta favorable para los docentes frente a la establecida en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, la cual no representa beneficio alguno.

Indicó que no entiende como se pretende por una vía de hecho surgida de la indebida aplicación normativa, volver a introducir una situación de desigualdad dentro del régimen pensional del servidor público cuando esta había sido superada con la Ley 71 de 1988.

III. TRÁMITE PROCESAL

1.- ADMISIÓN:

Por auto del 27 de febrero de 2020 – Fl.38; se admitió la demanda y se notificó en debida forma a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, el 26 de febrero de 2020.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y manifestó que La entidad se encuentra plenamente calificada para realizar los descuentos sobre las mesadas pensionales, pues estas son para los aportes en salud, tal como lo ha manifestado la ley.

Manifestó que los descuentos en salud realizados sobre las mesadas adicionales de la pensión de jubilación de la docente, se efectuaron de conformidad con los principios constitucionales de sostenibilidad, eficiencia y universalidad, así como con lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, la cual dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG, lo cual conllevó a que a los mismos se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, dado que de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen, por el contrario la Ley 91 de 1989 (normatividad que se encuentra vigente y por ello debe aplicarse) en su artículo 8° faculta al FOMAG para dicho trámite.

3.- Pruebas obrantes en el expediente. Fueron relacionadas como aportadas con la demanda las siguientes pruebas relevantes:

- Original de la petición radicada el día 19 de Septiembre del 2017 (fl.54-58).

- Copia simple de la Resolución N° 001950 del 7 de Junio de 1996 mediante la cual la accionada reconoció la pensión de jubilación a mi mandante. (fl.59-61).
- Copia simple de un recibo de pago de la mesada pensional (fl.63)

3. Alegatos de conclusión

Parte demandante.

Presentó sus alegatos de conclusión en tiempo indicando que Frente a los incrementos periódicos de las mesadas pensionales que les vienen siendo aplicados a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cabría preguntarnos cuál es el criterio de aplicación, cuando está demostrado que este no representa beneficio alguno al compararlo con el salario Mínimo establecido como fórmula de incremento en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Consideró que al crearse el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo objetivo principal fue el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal afiliado y la prestación de los servicios médico-asistenciales (artículo 5, numerales 1 y 2, Ley 91 de 1989), permaneció inmodificado el régimen sustantivo general de cada prestación en particular (pensiones, cesantías y vacaciones), al igual que la fórmula de incremento periódico de las pensiones establecida en la Ley 71 de 1988. La favorabilidad contenida en la Ley 71 de 1988, fue garantizada frente a las disposiciones del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, al establecer la aplicación del Índice de Precios al Consumidor como fórmula de incremento pensional, sí y solo sí esta representaba un beneficio, condicionamiento establecido por medio de la Ley 238 de 1995.

Indicó que la implementación de la fórmula de cotización contenida en la Ley 100 de 1.993, es solamente para los nuevos docentes que se vincularon con posterioridad al 26 de junio de 2.003, a quienes la misma norma direccionó al sistema general de Pensiones – prima media con prestación definida. Régimen que no puede ser aplicado a los docentes que se deben regir por las normas anteriores.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Guardó silencio

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Problema jurídico.

El litigio gira, principalmente, en torno a establecer:

Si el demandante, en su condición de docente, tiene derecho al reconocimiento y reajuste de las mesadas pensionales con base a los ordenamientos consignados en el numeral 5° del Artículo 8o de la Ley 91 de 1989 y en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Así mismo determinar, si hay lugar a la suspensión y reintegro de los valores descontados en exceso para la salud y la obligatoriedad de las cotizaciones a seguridad social.

2. Solución al problema jurídico planteado.

Del acto ficto acusado

En el presente caso, se analizará lo relativo a la existencia y nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto de la petición enervada el 19 de septiembre de 2017 a la Secretaría de Educación de Bogotá en procura de que le reajustaran la pensión y le cesara y devolvieran el porcentaje descontado de más en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Disposición que regula común a los procesos: **Artículo 83 del C.P.A.C.A.**, que dispone:

“Artículo 83 del C.P.A.C.A.: Silencio Negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

...

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

En ese orden de ideas es claro que se configuró el silencio administrativo negativo el **19 de diciembre de 2017**, en consideración a que la entidad accionada guardó silencio, es decir, no resolvieron de fondo las peticiones elevadas por la demandante, en consecuencia, se declarará su ocurrencia.

• DEL REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACIÓN

La Ley 71 de 1988, por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, estableció en su artículo 1 lo siguiente:

Artículo 1 .- Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

Parágrafo.- Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo.

Posteriormente se expidió la Constitución Política de 1991 que en su artículo 53 de establece entre otras cosas el pago oportuno de la pensiones como su reajuste de la siguiente manera:

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Negrillas fuera de texto)

Por su parte el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 indicó:

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.

Pues bien, para el Despacho es importante resaltar que a 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, pero, con la expedición de la Ley 100 de 1993 se dispuso una nueva forma de reajustar las pensiones que es a contenida en el artículo 14.

Se suma a lo expuesto, 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, 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.

Ahora, 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), en vigencia y concordancia ya de la Constitución Política de Colombia, 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.

Adicionalmente a lo expuesto, es necesario recordar 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.

Así las cosas, 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.

Respecto de los derechos adquiridos en materia de reajuste pensional y en punto de lo reclamado con la Ley 71 de 1988, el Consejo de Estado en sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), dentro del radicado 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14), indicó:

“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 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.[...]»¹

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.»²; 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 1997³, 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 11⁴. 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.⁵

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.⁶

También, tuvo una consideración especial con aquellas personas que tenían una expectativa cercana de adquirir el estatus pensional conforme la normativa

¹ Sentencia C-242 de 2009.

² *Ibidem*.

³ Reiterado más recientemente en la sentencia C-258 de 2013.

⁴ Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

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

⁵ Aparte subrayado del inciso 1o. declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-168-95](#) del 20 de abril de 1995, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁶ Inciso 3o. declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-408](#) del 15 de septiembre de 1994.

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 ley⁷.

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 Gobierno⁸.

PARÁGRAFO⁹. <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 anualmente¹⁰ y el artículo 143¹¹ implementó un reajuste mensual equivalente a la elevación en la

⁷ Artículo 36 *ibidem*.

⁸ El aparte final subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional con la condición señalada en la parte motiva de la Sentencia C-387 del 1.º de septiembre de 1994, «[...]con la condición señalada en la parte motiva de esta providencia, es decir, que en el caso de que la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, para el año inmediatamente anterior a aquél en que se vaya a efectuar el reajuste de las pensiones, SEA SUPERIOR al porcentaje en que se incremente el salario mínimo mensual, las personas cuya pensión sea igual al salario mínimo mensual vigente, tendrán derecho a que ésta se les aumente conforme a tal índice».

⁹ Parágrafo adicionado por el artículo 45 de la Ley 1328 del 15 de julio de 2009.

¹⁰ **ARTÍCULO 142. Mesada adicional para pensionados.** Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

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

¹¹ **ARTÍCULO 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados.** A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

cotización para salud que resulte de la aplicación de la misma ley, teniendo en cuenta los cambios en las cotizaciones que la nueva norma contiene¹².

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 1994¹³, 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 hacerlo¹⁴.

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

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal.

¹² Al respecto ver la sentencia C-111 de 1996.

¹³ En esta sentencia la Corte Constitucional conoció de la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por el cargo relacionado con la vulneración del derecho a la igualdad al prescribir que las pensiones cuyo monto sea equivalente al salario mínimo legal se reajusten en el mismo porcentaje en que el Gobierno incrementa dicho salario, pues en criterio del actor, dicha disposición pone a las personas que devengan estas pensiones en situación de inferioridad respecto de aquellas que reciben pensiones superiores, a quienes se les aumentará la mesada conforme al IPC, porcentaje que señala es superior al incremento del salario mínimo legal.

¹⁴ Reiterado en la sentencia C-067 de 1999.

dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[...]»

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

En el presente caso a la demandante se le reconoció a pensión de jubilación mediante la Resolución 001950 del 7 de julio de 1996, efectiva a partir del 4 de marzo de 1995.

En ese orden, tanto por reconocimiento como por derogatoria tácita, para el Despacho no es posible acceder al reajuste deprecado, razón por la que se negaran las pretensiones en ese sentido.

- **DEL RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES – DESCUENTOS A LAS MESADAS PENSIONALES-**

De la lectura del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, del 26 de junio de 2003, “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un estado comunitario*”, se puede concluir que **en materia pensional los docentes se encuentran sometidos a dos regímenes distintos, dependiendo de la fecha de su vinculación a saber:**

1.- Los docentes que se encontraban vinculados a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, **seguirán rigiéndose por las disposiciones vigentes con anterioridad a la fecha en que entró a regir la citada ley, las cuales se encuentran consagradas en la Ley 91 de 1989.**

2.- Los docentes que se vinculen **con posterioridad al 27 de junio de 2003**, tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombre y mujeres.

A su vez, el artículo 81 precitado, fue reglamentado parcialmente por el Decreto 2341 de 2003, el cual en su artículo 1º, estableció que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FONPREMAG corresponde a la suma de aportes para la salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, **sin que ello implique una inclusión del docente pensionado al régimen general de pensiones.**

Mediante la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En su artículo 8º, se dispuso:

“Artículo 8º.- 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 (...).”

Del artículo transcrito se concluye que efectivamente, para aquellos docentes **que se encontraban vinculados al 27 de junio de 2003**, fecha en que entró a regir la Ley 812 de 2003, se les debe descontar de las mesadas pensionales, un porcentaje, como aporte de los pensionados, *incluidas las mesadas adicionales*.

No ocurre lo mismo, respecto de aquellos docentes que se vincularon con posterioridad a la fecha indicada, pues, están sometidos en materia pensional, al régimen común de prima media consagrado en las Leyes 100 de 1993, 797 de 2003, 1250 de 2008, y el Decreto 1073 de 2002.

La Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, consagró el pago de mensualidad adicional a la pensión de diciembre y estableció el pago de 30 días de la pensión pagadera con la mesada del mes de junio para los pensionados (arts. 50 y 142).

El derecho al pago de treinta (30) días de la pensión pagaderos con la mesada del mes de junio, **conocido como la mesada catorce**, fue eliminado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005. No obstante, se mantuvo para aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

El artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en relación con el monto y distribución de las cotizaciones, dispone:

*“ARTICULO. 204.- Monto y distribución de las cotizaciones. Modificado por el art. 10, Ley 1122 de 2007, el nuevo texto es el siguiente: La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. **Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%)**, a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

Inciso adicionado por el art. 1, Ley 1250 de 2008, así: La cotización mensual al régimen contributivo de salud **de los pensionados** será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional (...)

Mediante el Decreto 1073 de 2002, se reglamentaron las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regularon algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media. Dispuso de manera expresa en el párrafo del artículo 1º, que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, **los descuentos de que tratan esos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.**¹⁵

Esta prohibición no resulta aplicable para los docentes pensionados con fundamentos en la Ley 91 de 1989, **dado el régimen especial o exceptuado que ostentan**, y que contempla el descuento por aportes de pensionados a las mesadas pensionales, incluidas las adicionales, pues, ésta prohibición es para aquellos pensionados bajo el régimen de prima media.

De manera que, el régimen pensional especial que rige a la docente, consagra la obligación por parte del Fondo de descontar un porcentaje como aporte de los pensionados, de todas y cada de las mesadas pensionales, incluyendo las adicionales, **equivalente a un 5%.**

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el expediente que la demandante:

- Nació el 24 de marzo de 1945 (fl. 26).
- Adquirió **el estatus pensional el 23 de marzo de 1995.** (fl.30).
- Le fue reconocida pensión de jubilación **mediante Resolución 001950 del 7 de julio de 1996, efectiva a partir del 4 de marzo de 1995** (fl.30).
- Por lo anterior, se puede concluir que al **27 de junio de 2003**, fecha en que entró a regir la Ley 812 de 2003, ya se encontraba vinculada al servicio docente y estaba afiliada a Fonpremag, razón por la cual le son aplicables las normas contenidas en la Ley 91 de 1989.
- Sea del caso indicar que a la accionante por haber adquirido su status pensional el **23 de marzo de 1995**, se le reconocieron 14 mesadas pensionales en el año, pues fue adquirida antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.
- En el expediente obra la Resolución 001950 del 7 de julio de 1996, que en su artículo 4 señaló:

¹⁵ Artículo declarado nulo parcialmente mediante la sentencia del 3 de febrero de 2005, con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, Rad 3166-02.

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio descontará el cinco por ciento (5%), del valor de cada mesada pensional, para efecto de la prestación del servicio médico asistencial, en beneficio del jubilado.

Con lo expuesto queda demostrado el descuento, el cual se debe entender rige también para las mesadas adicionales.

En ese orden de ideas, es preciso ordenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, el reintegro de los dineros que por concepto de aportes obligatorios en salud haya descontado demás a lo que legalmente le corresponde teniendo en cuenta que sólo puede descontarse el 5% de la mesada adicional de junio y diciembre, **siempre y cuando no haya operado el fenómeno jurídico de la prescripción.**

Igualmente, se ordenará a la demandada **suspender** a futuro dichos descuentos en el monto en que exceda lo establecido por la ley, **siempre que la entidad haya continuado realizándolos.**

DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS DIFERENCIAS - excepción de oficio.

El actor adquirió el estatus pensional el **23 de marzo de 1995**, formuló su reclamación el **19 de septiembre de 2017**, razón por la cual hay lugar a declarar la prescripción trienal del pago a las mesadas pensionales adicionales percibidas con anterioridad al **19 de septiembre de 2014**.

En consecuencia, se condenará a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO S.A. a devolver y pagar al actor las diferencias descontadas de más, que resulten de la aplicación del porcentaje legal en materia de salud a la mesada adicional de diciembre, a partir del **19 de septiembre de 2014**, sumas que deberán ser indexadas por la demandada en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante, por concepto de diferencias en sus mesadas pensionales producto del cese y devolución del porcentaje en mesadas adicionales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

Igualmente, el ente de previsión deberá dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3º del artículo 192 y el inciso 4º del artículo 195 del C.P.C.A., siempre que se cumplan los supuestos fácticos allí establecidos.

COSTAS

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso¹⁶, no hay lugar a la condena en costas, porque no se demostró su causación. Lo anterior acorde con el Artículo 2º, Parágrafo 4º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: Declarar probada de oficio la **excepción de prescripción**, de las sumas por pagar por concepto de reliquidación pensional y descuentos en salud de las mesadas adicionales, con anterioridad al **19 de septiembre de 2014**, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar la existencia y nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo producto de la petición del 19 de septiembre de 2017 enervada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO configurado el 19 de diciembre de 2017, en cuanto negó la cotización sobre todos los factores percibidos por la demandante. Acorde con lo expuesto.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad parcial y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a reintegrar a **ROSA EMMA CÁRDENAS DE MUÑOZ**, identificada con la C.C. 41.336.492, los dineros que por concepto de aportes obligatorios en salud haya descontado por encima del 5% que legalmente corresponde en las mesadas adicionales de junio y diciembre, a partir de **19 de septiembre de 2014**, acorde con lo probado en el proceso.

Para la expedición de los actos administrativos de ejecución y cumplimiento de la sentencia, la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN** y la **FIDUCIARIA LA PREVISORA**

¹⁶ “Artículo 365. Condena en costas.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

S.A., acudirán acorde con las competencias establecidas por el Decreto 2831 de 2005 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

CUARTO.- Niéguese las demás pretensiones de las demandas.

QUINTO.- Sin costas en ningún proceso, por ser condenas parciales.

SEXTO.- Dese cumplimiento a las presente sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

SÉPTIMO.- En firme las sentencias, de mediar solicitud, por Secretaría, **expídense** las copias que corresponda, de conformidad con lo señalado por el artículo 114 del Código General del Proceso; **liquídense** los gastos procesales; **devuélvase** a la parte actora el remanente de los gastos del proceso si los hubiere; y **archívese** los expedientes dejando las constancias del caso.

OCTAVO.- La presente providencia se notifica a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en concordancia con el artículo 291 del Código General del Proceso (CGP).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

mas

Firmado Por:

ANTONIO JOSE REYES MEDINA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 025 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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:

8aeb829a1959cd28d5a3e978d1e7449e379c2b4358d0f4e8494d6ac400071d48

Documento generado en 20/04/2021 11:05:22 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>