TORRES & TORRES - ABOGADOS

ESPECIALISTAS EN DERECHO LABORAL - ADMINISTRATIVO

Señor:
JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYAN (REPARTO).
E. S. D.

ACCIÓN:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral (Art, 138 de la Ley 1437 de 2.011).
DEMANDANTE:	**EDGAR GREGORIO MENESES MONCADA**
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FNPSM), MUNICIPIO DE POPAYAN - SECRETARIA DE EDUCACIÓN.**

OSCAR GERARDO TORRES TRUJILLO, mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando en nombre y representación del Señor **EDGAR GREGORIO MENESES MONCADA**, conforme al poder que me ha sido conferido; de acuerdo con lo dispuesto en el Articulo 138 del C.P.A.C.A, respetuosamente me permito instaurar demanda de Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter Laboral, en contra de la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FNPSM), MUNICIPIO DE POPAYAN - SECRETARIA DE EDUCACIÓN;** entidades representadas tal como se indica en el capítulo de identificación de las partes; para que mediante el trámite de un proceso ordinario de primera instancia se profiera sentencia sobre las pretensiones aquí esbozadas.

I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y DE SUS REPRESENTANTES

a) **DEMANDANTE:**

- **Nombre: EDGAR GREGORIO MENESES MONCADA.**
- **N° de Cédula:** 10.527.738 de Popayán - Cauca.
- **Domicilio:** Calle 71 AN No. 7B-27 Bloque "F" Popayan.
- **Teléfono:** 3206900776 - 8247387.

b) **ENTIDAD DEMANDADA:**

- **Nombre:** NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FNPSM).
- **Domicilio:** Calle 43 N° 57-14 CAN en Bogotá.
- **Teléfono:** 2222800.
- **Correo Electrónico:** notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co

- **Nombre:** MUNICIPIO DE POPAYAN – SECRETARIA DE EDUCACION
- **Domicilio:** Edificio CAM – Carrera 6 No. 4-21
- **Teléfonos:** 2 – 833 3033 – 824 3075
- **Correo Electrónico:** notificacionesjudiciales@popayan.gov.co

c) APODERADO O REPRESENTANTE DEL DEMANDANTE:

- **Nombre:** OSCAR GERARDO TORRES TRUJILLO
- **N° de Cédula:** 79.629.201 de Bogotá.
- **N° de Tarjeta Profesional:** 219.065 del C.S. de la J.
- **Domicilio:** Avenida 2 Norte N° 7N - 55 Oficina 413 Edificio Centenario II de la ciudad de Cali - Valle del Cauca.
- **Teléfonos:** 881 3530 – 881 35 32.
- **Correo Electrónico:** abogadooscartorres@gmail.com

d) REPRESENTANTE LEGAL DE LA ENTIDAD DEMANDADA:

- **Representante Legal:** Dra. YANETH GIHA, Ministra de Educación, o quien haga sus veces.
- **Domicilio:** Calle 43 N° 57-14 CAN en Bogotá.
- **Teléfonos:** 2222800.
- **Correo Electrónico:** notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co.

- **Representante Legal: ¡Error! No se encuentra CampoCombinación en el registro inicial u origen de datos.**, y DIOCELIMO RIASCOS GUTIERREZ, Secretario de Educación del Municipio de Popayán, y/o quienes estén desempeñando sus funciones.
- **Domicilio:** Edificio el CAM, Carrera 6 No.4-21 Popayán
- **Teléfonos: ¡Error! No se encuentra CampoCombinación en el registro inicial u origen de datos.** 8333033 - 8243075
- **Correo Electrónico:** notificacionesjudiciales@popayan.gov.co

II. PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS

1ª. Que se declarare configurado el **SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO** respecto de la petición presentada el día **17 de Mayo de 2.017,** mediante la cual **EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, MUNICIPIO DE POPAYAN - SECRETARIA DE EDUCACION**, para que su mesada pensional sea pagada y reajustada anualmente con base a los ordenamientos consignados en el numeral 5° del Artículo 8° de la Ley 91 de 1.989 y en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, respectivamente; solicitando consecuentemente la devolución de los dineros superiores al 5%, que bajo el rotulo de E.P.S., le han descontado de las mesadas pensionales incluidas las mesadas adicionales de Junio y Diciembre; y que el ajuste anual de la Pensión sea en la misma proporción en que se incrementa el salario mínimo legal mensual y no con base al porcentaje del I.P.C., reportado por el DANE.

2ª. Que se declare **Nulo el ACTO ADMINISTRATIVO FICTO O PRESUNTO,** que ha surgido como consecuencia del silencio administrativo negativo, respecto de las peticiones formuladas por la Demandante mediante memorial radicado ante la Accionada el día 17 de Mayo de 2.017.

3ª. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO,** se profiera sentencia en donde se ratifique que la demandante pertenece al régimen exceptuado consagrado en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1.993, que se encuentra cobijada por régimen especial determinado por la Ley 812 de 2.003, para los docentes que se vincularon a la educación oficial con anterioridad al 27 de Junio de 2.003, y que su Pensión Ordinaria de Jubilación debe ser pagada y reajustada anualmente de conformidad con en la Ley 91 de 1.989, y lo dispuesto en el Artículo primero de la Ley 71 de 1.988, respectivamente.

Subsecuentemente con las anteriores declaraciones respetuosamente solicito a su Honorable despacho Judicial, condenar a **la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, MUNICIPIO DE POPAYAN - SECRETARIA DE EDUCACION,** para que por intermedio de la FIDUCIARIA DE INVERSIÓN COLOMBIA – FIDUPREVISORA S.A.:

I. Proceda a efectuar los descuentos para efectos de aportes al sistema de salud que son aplicados a la mesada pensional de mi representado, en la cuantía establecida en el numeral 5° del Artículo 8° de la Ley 91 de 1.989, es decir, el 5% de cada mesada incluyendo las adicionales, ordenándosele cesar el descuento en cuantía del 12%, como actualmente lo está realizando.

II. Proceda a reajustar anualmente la mesada pensional de la demandante, con base a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, esto es en el mismo porcentaje en que cada año es incrementado el Salario mínimo legal mensual; ordenando su aplicación en forma retroactiva al año en que la Docente consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

III. Reintegre al Demandante las sumas de dinero superiores al 5%, que a título de aportes al sistema de Salud le han sido descontadas de las mesadas pensionales y adicionales de Junio y Diciembre, respecto de la Pensión de Jubilación que la Demandada reconoció a mi representado y a no continuar descontando valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas futuras.

IV. Pague en favor del Demandante los valores resultantes por las diferencias existentes entre la mesada pensional que actualmente recibe la demandante, y la que resulte después de tomar el valor pensional que le fue reconocido al momento del estatus, y reajustarlo año tras año con base a los porcentajes en que se ha incrementado el salario mínimo legal mensual.

V. Pague de manera indexada las sumas de dinero que se obtengan como resultado de las declaraciones y condenas aquí solicitadas, ordenando que sobre dicho retroactivo se reconozcan los ajustes de valor y los respectivos intereses corrientes y moratorios, tal como se dispone en los artículos 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2.011.

4ª. AJUSTE DE VALOR: La suma que resulte adeudada por la entidad, sea ajustada conforme a la fórmula sentada para esos eventos por el Consejo de Estado, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2.011., según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia dejada de percibir por la parte demandante, 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 la providencia), entre el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de cada mensualidad o prestación):

$$R = Rh \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la formula se aplicará separadamente, mes por mes comenzando por la diferencia en la primera mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que adquirió el derecho.

5ª. Se condene al pago de intereses en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en Articulo 192 de la Ley 1437 de 2.011.

6ª. Se condene, al pago de las costas del juicio, expensas y agencias en derecho, en la cantidad que determine esa honorable corporación, siguiendo los lineamientos del art. 188 de la Ley 1437 de 2.011, en concordancia con el Código General del Proceso, teniendo como base las excepciones que no se prueben dentro del proceso, el desgaste del aparato judicial colombiano en que se ha incurrido por el simple hecho de que la Demandada no ha dado correcta aplicación de la Ley. Igualmente se deben cuantificar los graves perjuicios que se le causaron a mi mandante quien ha tenido que acudir ante un profesional del derecho para que sea restablecido en sus derechos laborales y prestacionales, situación que le ha hecho incurrir en gastos y en el pago de Honorarios profesionales tazados en cuota litis sobre el retroactivo adeudado, y el pago del impuesto concerniente al IVA equivalente al 19% sobre los honorarios pactados, deducciones que afectaran sus intereses económicos y que se han generado como consecuencia de las actuaciones ilegales efectuadas por la entidad aquí demandada. Anexo copia del contrato de servicios profesionales de Abogado.

7ª. Se condene a que la Entidad demandada de cumplimiento a la sentencia en los términos de los Arts. 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2.011 y el Art. 16 de la Ley 446 de 1998.

III. HECHOS U OMISIONES

PRIMERO: Mi representado se vinculó a la Docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2.003, y cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos para pensionarse, razón por la cual la accionada mediante Resolución N° 2001 de 15 de Marzo de 2010, le reconoció una Pensión Ordinaria de Jubilación con una mesada pensional en cuantía de $2.715.362, valor correspondiente para el año 2009.

SEGUNDO: El Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, por intermedio de la FIDUPREVISORA S.A., (Entidad encargada del pago de las pensiones del Magisterio), le está descontado a mi mandante el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y Diciembre, con el objetivo de satisfacer los aportes al sistema de salud.

TERCERO: En el Acto Administrativo que concedió la pensión, se determinó que el beneficiario tiene derecho a que se le reajuste su pensión en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1.988, pero arbitrariamente la mesada Pensional que le fue reconocida a mi mandante, ha venido siendo incrementada anualmente con base a lo dispuesto en el artículo 14 la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje correspondiente al Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE anualmente.

CUARTO: El día ***17 de Mayo de 2.017***, mi mandante presentó ante el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – **LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL *MUNICIPIO DE POPAYAN,*** memorial petitorio solicitando la aplicación del numeral 5° del Artículo 8° de la Ley 91 de 1.989, respecto de los descuentos que se le aplican a sus mesadas pensionales a título de aportes al sistema de salud, indicando que el monto que él debe aportar es el 5% del valor de cada mesada y no el 12% que se le ha venido descontando, exigiendo la devolución de los valores excesivos que le fueron descontados.

Igualmente solicitó la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, en lo referente a los ajustes anuales que se deben aplicar a la mesada Pensional, demandando que ésta

no sea ajustada con base al I.P.C., de cada año, sino que sea actualizada con base a la misma proporción en que el Gobierno Nacional incrementa el salario mínimo legal Mensual cada año; solicitando se reconozca y pague de manera indexada la diferencia resultante, y que se reconozcan los respectivos intereses.

QUINTO: Mediante oficio número **EE 2816 de 25 de Mayo de 2017** expedido por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE POPAYAN, la parte demandada da traslado de la petición a la FIDUPREVISORA, manifiesta que no tienen injerencia alguna en los pagos y descuentos que se le aplican a mi poderdante y que por lo tanto, se debe presentar nueva solicitud ante la FIDUPREVISORA S.A.

SEXTO: Hasta el momento de presentación de esta demanda, la Accionada no ha RESUELTO DE FONDO la petición anteriormente señalada, omitiendo la expedición deldebido Acto Administrativo complejo, tal como se lo ordena en el Decreto 2531 de 2.005 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2.005. Por lo tanto y de conformidad con lo estipulado el artículo 83 de la Ley 1437 de 2.011 se ha configurado el Silencio Administrativo Negativo frente a esta petición, ya que han transcurrido más de tres meses contados a partir de la presentación sin que ésta haya sido resuelta, generándose de esta manera un Acto Administrativo Ficto o presunto Negativo.

SEPTIMO: Contra dicho **ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO** no se interpuso ningún Recurso, teniendo en cuenta que "**el silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa".** Además, según la normatividad que regula la estructura Jerárquica del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, solo se permite la interposición del Recurso de Reposición contra sus Actos Administrativos, recurso que es Facultativo tal como lo contempla el Artículo 76 del C.P.A.C.A.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La accionada no ha dado contestación a la petición radicada por mi mandante el día 17 de Mayo de 2.017, configurándose de esta forma el silencio administrativo negativo frente a una petición, tal como lo estipula el artículo 83 de la Ley 1437 de 2.011; de esta manera ha surgido un Acto Presunto Ficto, el cual está negando a mi poderdante del correcto pago de su mesada pensional, aplicando el Régimen General de pensiones a un Docente que pertenece al Régimen exceptuado y por lo tanto tiene derecho a que se le apliquen los descuentos de salud según lo establecido en la Ley 91 de 1.989, y a que su mesada pensional sea ajustada anualmente de conforme al Artículo 1° de la Ley 71 de 1.988.

La accionada ha dado una incorrecta interpretación a lo dispuesto en el Artículo 81 de la Ley 812 de 2.003, desconociendo los derechos prestacionales especiales que quedaron reservados para los docentes que se vincularon hasta el 26 de Junio de 2.003, omitiendo la aplicación de preceptos normativos y Jurisprudenciales aplicables a éstos, imponiendo normas del Régimen General de Pensiones a un Docente que pertenece al Régimen exceptuado y tiene que ser regido por Leyes especiales, mantenimiento su Actuación Administrativa al margen de la Ley y de los principios que regulan el desarrollo de la función administrativa; vulnerando derechos fundamentales y adquiridos, los cuales por ser carácter laboral y prestacional son ciertos e indiscutibles; siendo ésta la causa justa para interponer esta acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho.

La presente demanda, se fundamenta Artículo 138, 160 numeral 2, 103 y 104 de la Ley 1437 de 2.011; además de la infracción a las normas que serán citadas.

V. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN Y CADUCIDAD

Tal como lo estipula el artículo 83 de la Ley 1437 de 2.011, se solicita declarar configurado el **SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO** respecto de la Solicitud presentada el día *17 de Mayo de 2.017*, la cual hasta el momento de la presentación de esta demanda no ha sido contestada mediante el debido Acto Administrativo.

De la misma forma, se solicita que se declare la **NULIDAD del ACTO ADMINISTRATIVO FICTO O PRESUNTO,** denegatorio de la aplicación del numeral 5° del Artículo 8° de la Ley 91 de 1.989, referente a los aportes al sistema de salud y la aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, en lo referente a los ajustes anuales con los que se debe actualizar la mesada Pensional; igualmente de la petición subsidiaria, y de la solicitud de reintegro de los deducciones excesivas ordenadas por FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FNPSM) y practicadas directamente por FIDUPREVISORA S.A., al momento de pagar y reajustar anualmente cada mesada pensional devengada por mi mandante.

Para decidir la procedencia de esta Acción es pertinente tener en cuenta lo siguiente:

1°) De acuerdo a lo consagrado en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2.011 el cual establece:

"Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa;

2°) Contra dicho **ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO** no se interpuso ningún Recurso, teniendo en cuenta que "**el silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa**". Además, según la normatividad que regula la Estructura Jerárquica del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, **sólo concede el Recurso de Reposición, el cual es Facultativo,** tal como lo contempla **el Artículo 76 del C.P. C.C.A.**

3°) El Honorable Consejo de Estado ha rectificado la eliminación del termino de caducidad para los actos presuntos que resolvieran los recursos, puesto que para el Máximo órgano rector de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, la expedición de la Ley 446 de 1998, que señaló en su artículo 44 tal disposición, modificó el numeral 3° del artículo 136 del C.C.A., por lo tanto es aplicable también al Silencio Administrativo Sustancial, es decir aquel que se produce por no contestar la primera Petición. En este sentido dicha corporación judicial señaló que:[1]

> *"El asunto se contrae a establecer si en el sub-lite operó el fenómeno de la caducidad para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Se demanda la nulidad del acto ficto supuesto por el fenómeno del silencio administrativo por parte del Ministerio de Defensa, frente a la petición en interés particular elevada por el apoderado de la actora el 11 de mayo de 1998, por la cual solicitó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, indemnización, intereses y servicios médicos y quirúrgicos."*

Excepción de caducidad:

[1] **CONSEJO DE ESTADO.** S.C.A. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". C.P. ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999). **Radicación No.** 1660-99.

La Ley 1437 de 2.011 en su Artículo 164 establece:
La Demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:
   a-)... b-)... c-)...
" **....d-) Se dirija contra Actos producto del silencio Administrativo".**

Consecuentemente, los actos producto del silencio de la administración, igual al que se demanda en el presente caso, no están sometidos a término de caducidad.

En Reiterada Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, se ha manifestado que:

(-) ..... ***el Silencio Administrativo es prueba irrefutable del abuso cometido por la administración,*** *pues se viola el Derecho Fundamental de Petición de quien eleva la solicitud,* ***por lo que permitir el fenómeno de la Caducidad frente a su arbitrariedad resultaría a todas luces desproporcionado e injusto para el Administrado,*** *ya que mientras la Entidad no pierde competencia para pronunciarse, el perjudicado con el acto ficto negativo si estaría privado de la oportunidad de demandar.*

En aras de garantizar al Administrado su Derecho Fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, y aplicando el principio de prevalencia del Derecho Sustancial, se puede concluir que en el presente caso, es **PROCEDENTE** la presente Acción, toda vez que **no ha caducado.** En este sentido, solicito al señor Juez que admita la presente Demanda, teniendo en cuenta que se ha configurado **UN SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO**, frente a la Petición elevada por mi poderdante el 17 de Mayo de 2.017, pues a la fecha de presentación de esta Acción no se ha dado respuesta de fondo a lo pedido en dicha solicitud, **quedando agotada la vía gubernativa en los términos del artículo 83 de la Ley 1437 de 2.011.**

NO REQUERIMIENTO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

En el presente caso se está sometiendo a control de legalidad un Acto Administrativo que está incidiendo sobre la aplicación integral de un régimen pensional, y el correcto pago y un derecho prestacional cierto, indiscutible, inconciliable, intrazable e irrenunciable, como lo es la Pensión Ordinaria de Jubilación que devenga mi poderdante de manera habitual y periódica; pagándosele una mesada por un valor diferente al que legalmente le corresponde; evidenciándose que **la parte demandada ha creado un nuevo régimen pensional**, el cual está integrado con requisitos formales de la Ley 33 de 1.985(tiempo de servicio y edad), y con elementos exclusivos del régimen general de pensiones como lo es monto del aporte a salud (12%) y la formula de incremento anual como lo es I.P.C., reportado por el DANE.

Los Regímenes pensionales son de aplicación integral, o se aplica uno, o se aplica el otro, pero a un pensionado no se pueden aplicar aspectos de un régimen y complementarlo con formalidades del otro, situación que **conlleva a una vulneración al principio de inescindibilidad de la Ley**, puesto que la demandada le está aplicando elementos del régimen General de Pensiones, a un docente que por mandato de la Ley y la Constitución Nacional, pertenece al régimen exceptuado.

El régimen pensional aplicable a un docente oficial se define por su fecha de vinculación y los requisitos exigidos por dicho régimen están enmarcados dentro de una norma de orden público, por lo cual **no pueden ser negociados ni conciliados**.

El porcentaje con el cual se debe actualizar anualmente la mesada pensional, no es negociable ni conciliable por alguna de las partes de este proceso, sino que dicho incremento debe corresponder al que señala la norma que está rigiendo su mesada pensional.

El porcentaje que se debe descontar de la mesada pensional en calidad de aporte al sistema de solidaridad en salud, **es el contenido en el régimen pensional** aplicado al Pensionado, y **éste no puede ser modificado, negociado o conciliado** a beneficio de alguna de las partes.

De la misma manera, estos derechos **ostentan la calidad de imprescriptibles e irrenunciables,** puesto que mientras el pensionado esté devengando su mesada pensional, el deber de pago del aporte a sistema de salud, es obligatorio, **sin que el pensionado pueda renunciar a dicho pago, o que este le llegaré a ser cesado por prescripción temporal;** luego al igual que la mesada pensional es vitalicia, la obligación de pago del aporte a salud también lo es, **ya que son coexistentes.**

¿Podrán las partes negociar cuales normas legales se le aplique al pensionado y cuales no; o determinar un porcentaje fijo como fórmula de incremento anual para la mesada pensional, a acordar en formula conciliatoria que el aporte al sistema de salud sea del 8% ?.

las partes de este proceso no pueden conciliar el objeto de la Litis, ya que se trata de la aplicación integral de normas de orden público, cuyos ordenamientos y requisitos se encuentran debidamente consignados y determinados de manera precisa en la Ley, (régimen pensional aplicable a la demandante); y por la misma razón, son derechos inconciliables, intrazables, innegociables, inmodificables, imprescriptibles e irrenunciables; **razón por la cual no es procedente que se someta a conciliación extrajudicial la presente demanda.**

La no exigencia de la conciliación extrajudicial como mecanismo de procedibilidad fue establecida por **LA SUBSECCIÓN A SECCIÓN SEGUNDA DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, en providencia del 1° de septiembre de 2009 Exp.00817-00 MP Dr. Alfonso Vargas Rincón**, donde se sostuvo que esta clase de derechos no son conciliables como requisito de procedibilidad porque los derechos pensiónales no pueden ser objeto de conciliación por ser mínimos e transigibles.

El Honorable Consejo de Estado manifestó que:
(Negrillas y resaltos fuera del texto original)

"Para efectos de decidir sobre el trómite de la conciliación extrajudicial como requisito de pracedibilidad, es indispensable na perder de vista que son moterio de conciliación, derechos que tengan el carácter de inciertos y discutibles, estos son los autarizados por el artícula 53 de la carta Político, y a los que hace referencia la ley Estatutaria al establecer dicho requisito ...cuanda las asuntas sean conciliables... ***Cuanda una persona considera que ha causado el derecha a la pensión, por cumplir los requisitos señalados en la ley, las partes invalucradas en la eventual controversia judicial, na están en posibilidad jurídica de canciliar tal derecha. Él, cama se sabe, es de corácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su reconocimiento están señaladas en la Ley y ella na puede ser abjeta de negociación por ninguno de los extremos, por ser de arden público. La anterior, es la razón de ser del candicionamiento señalado en la Ley, para exigir la conciliación extrajudicial,*** *como requisito de pracedibilidad del contencioso administrativo laborol ...cuando las asuntos sean conciliables... de lo contrario el legislodor no hubiero consignado dicha frase. Las razones que anteceden son suficientes paro concluir que, tanto el Juzgodo Primero Administrativo de Ibagué como el Tribunal Administrativo del Tolima, al rechazar la demanda por las razones consignadas, incurrieron en violación de los derechos de acceso a la administración de justicia y el*

debido proceso del señor ....."

.....(-) De conformidad con lo señolodo en el inciso segundo del numeral 1o del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 (Nuevo Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativa), no será necesario el procedimiento previo de conciliación, cuando una entidad Estatal sea quien demande la nulidad de sus propios actos.

Que en consideración a la antes citado, por sustracción de materia, es lógico concluir que cuando es la entidad y no el administrado, quien demanda a cerca de un derecho de carácter laboral o pensional, tampoco está en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho. Pues en este caso lo que es aplicable pora uno de los extremos procesales, también lo es pora el otro, por el principio Constitucianal de igualdad y de defensa.

El precedente Jurisprudencial anteriormente citado debe ser fielmente acatado por las autoridades judiciales, quienes están obligadas a ceñirse por los pronunciamientos emanados de su superior jerárquico (precedente vertical), además su aplicación es de obligatorio cumplimiento tal como se dispone en el Articulo 10 y 102 del C.P.A.C.A., y en el Artículo 114 de la Ley 1395 de 2.010.

VI. NORMAS VIOLADAS

La presente Acción se fundamenta en el Artículo 138, 160 numeral 2, 103 y 104 de la Ley 1437 de 2.011 (causales generales de nulidad de los actos administrativos); igualmente en las Leyes citadas a continuación como normas violadas:

- **Constitución Política:** Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90,121, 125, 209.
- **Ley 1437: artículo 137.** Referente a las causales generales de nulidad de Los Actos Administrativos.
- **Ley 71 de 1.988:** Artículo Primero.
- **Ley 33 de 1.985.**
- **Ley 91 de 1989:** Artículo 15 numeral 2 literal A.
- **Ley 115 de 1994**, artículo 115,
- **Ley 100 de 1.993:** Artículo 279.
- **Decreto 196 de 1.995:** artículo 12.
- **Ley 700 de 2001:** Artículo 4°.
- **Ley 797 de 2003:** Artículo 9° Parágrafo 1°.
- **Ley 812 de 2.003:** Artículo 81.
- **Ley 1151 del 2007:** Artículo 160.
- **Acto Legislativo 01 de 2.005:** parágrafos transitorios N° 1 y N° 2.

VII. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Teniendo en cuenta las normas citadas como violadas, podemos asegurar que con **el ACTO PRESUNTO NEGATIVO** configurado por el silencio administrativo que la entidad accionada muestra frente a la petición elevada por mi mandante el día 17 de Mayo de 2.017, se ha incurrido en las causales de Nulidad contempladas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2.011; igualmente se ha omitido la aplicación de la normatividad que regula la pensión de los docentes que se vincularon al Magisterio oficial con antelación del 27 de Junio de 2.003, y se está desconociendo flagrantemente las normas específicas y especiales que determinan la forma en que debe ser reajustada dicha pensión y el monto que se debe descontar de la mesada pensional para garantizar el sistema de salud que protege al docente.

El **PREÁMBULO** de la Constitución Política Nacional, incorpora, **los fines** hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; **los principios** que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; **la motivación política** de toda la normatividad; **los valores** que la Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos. Tal y como lo ha sostenido **la H. Corte Constitucional, "**El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado **las metas** hacia las cuales debe orientar su acción; **el rumbo** de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. **El Preámbulo goza de poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, **por tanto, toda norma– sea de índole legislativa o de otro nivel – que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios**".[2]

En el preámbulo de la Constitución, están instituidos como **Valores Constitucionales:** la vida, la convivencia, **el trabajo,** la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, la garantía de **un orden político, económico y social justo;** como tales, son fines a los cuales se quiere llegar y, por ello, determinan el sentido y finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico. No obstante su carácter programático, su enunciación no debe ser entendida como la manifestación de un deseo o un querer sin incidencia normativa, sino como **el conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre gobernantes y gobernados.**

También ha señalado la Corte Constitucional[3] en cuanto a la fuerza vinculante de los valores constitucionales que éstos "**se caracterizan** por su indeterminación y por la flexibilidad de interpretación, pero no por ello pueden resultar indiferentes para los operadores jurídicos, quienes con base en el **principio de concordancia práctica de las normas constitucionales** deben conducir la aplicación del derecho por las metas o fines predeterminados por el Constituyente, de tal manera que **cualquier disposición que persiga fines diferentes o que obstaculice el logro de enunciados axiológicos consagrados constitucionalmente, resulta ilegítima y por consiguiente, debe declararse contraria a la Carta**". En otras palabras, como a la Constitución subyace las funciones de legitimación, seguridad jurídica y justicia, **el Juez debe apartar las disposiciones que por acción u omisión nieguen la esencia misma del ordenamiento superior**. En éste sentido, **la violación del trabajo y del orden justo**

[2]**CORTE CONSTITUCIONAL,** Sentencia C – 472 de 1992. Ms.Ps. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
[3]**CORTE CONSTITUCIONAL,** Sentencia C – 690 de 1996.M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

como valores constitucionales por parte de un acto administrativo, debe necesariamente producir su nulidad por ser contrarios al ordenamiento superior.

Por otro lado, **el artículo 6 de la C.Po.,** al establecer que "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. **Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones",** nos está diciendo que las autoridades públicas exclusivamente pueden hacer lo que se les permite. Tal aseveración, encuentra sustento aún más claro en **el artículo 121 Constitucional** (Igualmente citado como norma violada), que de manera clara y contundente prescribe **"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".** Es así como se da fundamento Constitucional al **Principio de Legalidad** que debe orientar y regir las actuaciones de todas las autoridades de la República.

No cabe duda entonces que si una autoridad actúa, lo tiene que hacer de acuerdo con las normas superiores que le otorgan la competencia (C.Po. art. 121), siguiendo los procedimientos establecidos (C.Po. Art. 29) y buscando cumplir con los fines del Estado (C.Po. art. 2). **Por consiguiente, si un acto administrativo se expide violando el Principio de Legalidad, no hay más opción que declarar su nulidad.**

La violación a los artículos anteriormente mencionados se concreta cuando la entidad accionada a través de su actuación para decidir mediante el respectivo acto administrativo desconoce el derecho sustancial que posee mi mandante a que se le pague correctamente su mesada pensional, a que no se le descuenten valores excesivos a título de aporte al sistema de salud, y a que su pensión sea ajustada anualmente conforme a la normatividad especial y no a la contenida en el régimen general de pensiones; conculcando en igual medida los siguientes derechos de carácter fundamental:

- **Derecho de Igualdad (artículo 13)**; en tanto que aplica en forma discriminativa la normatividad que regula el correcto pago Pensión de Jubilación para los regímenes especiales exceptuados, bajo el argumento de estar dando cumplimiento a un mandato legal, que de conformidad al principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución, artículo 143 del C.S.T, debió ser obviado por la entidad. Es decir, que mientras mi mandante tiene que soportar que la entidad accionada le aplique descuentos a sus mesadas pensionales y adicionales, los demás jubilados del sector público que gozan de un régimen especial, reciben sus mesadas con la deducción indicada en la Norma especial y no con base al régimen general de pensiones, tal como se le está aplicando a mi mandante.

- **Derecho a la Seguridad Social (artículo 48)**; en tanto que no se está pagando en debida forma las mesadas Pensionales, ni se está reajustando anualmente conforme lo dicta su norma especial, haciéndose omisión a lo dispuesto en este artículo constitucional en su inciso 7° (adicionado con el Acto legislativo 01 de 2005), que al tenor dice: "Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

- **Derecho al Mínimo Vital Móvil y Principio de Favorabilidad (artículo 53)**; pues es evidente la afectación de los intereses económicos del docente, al descontársele de manera excesiva por un servicio de salud, creando un detrimento económico sobre el bienestar social que representa el correcto pago de la pensión de jubilación y de sus mesadas adicionales. Así mismo, se evidencia el perjuicio que se causa por no actualizar la pensión conforme lo

dispone el Artículo primero de la Ley 71 de 1.988, consecuentemente su mesada pensional va perdiendo poder adquisitivo frente al Salario Mínimo Legal Mensual.

VIOLACIÓN DE LA NORMA SUPERIOR

La **Ley 115 de 1994**, conocida como la Ley General de Educación, en su artículo 115, estableció que:

"**Artículo 115.- Régimen Especial de los Educadores Estatales.** El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas de régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores."

Es claro entonces, que para el efecto de 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**.

VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 81 DE LA LEY 812 DE 2003

El FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, dio una incorrecta aplicación del Artículo 81 de la Ley 812 de 2.003, la cual a la postre resultó ser totalmente favorable para sus arcas; vulnerando los derechos adquiridos de los docentes que se vincularon hasta el 26 de junio de 2.003, los cuales fueron protegidos por el mismo artículo 81 de la citada Ley; creándose de esta manera una situación fáctica totalmente desfavorable para los pensionados y una evidente vulneración de los ordenamientos de dicho articulado, del espíritu de la norma y de la verdadera intención del legislador, conculcándose los derechos prestacionales de los educadores Colombianos.

La Ley 812 de 2.003, en su artículo 81 señaló que:
(Negrillas y resaltos fuera del texto original)

Régimen prestacional de los docentes oficiales. ***El régimen prestacianal de las dacentes nacionales, nacionalizados y territorioles,*** *que se encuentren vinculados ol servicio público educativo oficial,* ***es el establecido para el Magisteria en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.***

Los dacentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados *al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio* ***y tendrán los derechos pensianales del régimen pensionol de primo medio estoblecido en las***

Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, *con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años paro hombres y mujeres.*

Los servicios de salud pora los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene estoblecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados *al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio* ***correspanderá a la suma de aportes que para salud y pensianes 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 Fanda Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.*
El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gabierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficias prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gabierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Mogisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, salidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.
El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, *por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el manto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.*

Es clara la Norma cuando señala que para **los docentes que se encuentren vinculados al servicio público oficial, es decir los docentes Activos que ya habían sido afiliados al FOMAG,** seguirán gozando del régimen que se encontraba activo antes de entrar en vigencia la aludida ley, ordenamiento que se encuentra en consonancia con los principios legales laborales y con los pronunciamientos Jurisprudenciales en donde se indica que **el régimen prestacional que se debe aplicar a los empleados públicos, es el que se encuentre vigente al momento de la vinculación, y no el que se encuentre vigente al momento de pensionarse**; entendiéndose que la intención del legislador y/o el espíritu de la Norma fue delimitar el régimen prestacional de los Docentes oficiales señalando quienes pertenecen al régimen exceptuado y quienes al régimen general de pensiones, distinguiéndose con precisión dos grandes grupos:

1. Los que se vincularon hasta el 26 de Junio de 2.003, a quienes se les aplicará el régimen prestacional que se encontraba vigente antes de dicha fecha, siendo éste el contenido en las ley y 91 de 1.989, con remisión a la Ley 33 de 1.985, **Normas que en lo referente al aporte que deben realizar los docentes pensionados al sistema de salud, ordenan un descuento de la mesada**

pensional en un monto equivalente al 5%, deducción que también es aplicada a las mesadas adicionales.

2. Los que se vincularon a partir de 27 de junio de 2.003, a quienes se les ha direccionado para que sean incorporados al Régimen General de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1.993 y 797 de 2.003, normas que en lo referente al aporte que deben realizar los pensionados al sistema de salud, **ordenan un descuento de la mesada pensional en un monto equivalente al 12%, pero NO aplicable las mesadas adicionales**.

Como conclusión de lo anteriormente ilustrado, se colige que la norma solo tiene **como finalidad el señalar quienes pertenecen al régimen pensional exceptuado y quienes pertenecen al régimen general de pensiones**, ordenándose la aplicación integral de los Derechos y requisitos que exige la aplicación de cada uno de estos dos regímenes al momento de conceder una pensión de Jubilación.

MONTO DE LA COTIZACIÓN ESTABLECIDO EN LA LEY 812 DE 2.003

Desde el momento en que la Ley 812 de 2.003, entro en Vigencia, (27 de Junio de 2.003), El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), actuando con una supuesta aplicación de lo contemplado en el Artículo 81 de la precitada Norma, ordenó a la FIDUPREVISORA (Entidad que tiene a su cargo el pago de las mesada pensionales del Magisterio), incrementar el monto del 5% que venían aportando los docentes pensionados para el sistema de salud, a un porcentaje equivalente al 12% de cada mesada pensional incluidas las adicionales, directriz que también fue establecida para los nuevos pensionados; lo anterior con un supuesto fundamento legal según lo establecido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2.003, en donde se indica que: ***la taza de cotización de los afiliados al FOMAG, es la establecida en la Ley 100 de 1.993 y 797 de 2.003***, Normas en donde se establece el 12% como aporte al sistema de salud.

No obstante la específica discriminación que la Ley implementó para su aplicación, **la accionada no distinguió entre quienes quedaron cobijados por las normas especiales en virtud al régimen exceptuado y quienes fueron direccionados al sistema General de Pensiones, y que el incremento en el monto de la cotización es aplicable solo al salario, ya que es para los docentes activos; procediendo con esta generalización a ordenar descuentos de las mesadas pensionales y adicionales de todos los pensionados en cuantía igual al 12%,**tal como se exige en la Ley 100 de 1.993.

La Ley que se encontraba vigente antes del a Ley 812 de 2003, es la ley 91 del 29 de diciembre de 1989, "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", la cual tiene entre sus fuentes de financiación el aporte que deben realizar los pensionados de su mesada pensional, tal como lo dispone en su Artículo 8º, numeral 5º:

"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

Es evidente que cuando la norma señala que para los Docentes afiliados al FNPSM, el valor de la taza de cotización es el establecido en el Régimen General de pensiones, **está refiriéndose a los Docentes que se vinculen a partir de dicha fecha,** y sobre el porcentaje que se les debe deducir de su salario, el cual debe ser complementado con el aporte que realiza el empleador, por eso la norma es totalmente clara cuando señala: "distribución **de la cotización entre trabajadores y empleadores**".

COMPENSACIÓN DEL INCREMENTO DE LA COTIZACIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2.003, los empleadores, en este caso los entes territoriales certificados y descentralizados, se vieron afectados con el incremento en la taza de cotización de los docentes, puesto que en su titularidad de empleadores tienen la obligación de sufragar el 8%, de la correspondiente cotización. Tal como ser lo exige la Ley 100 de 1.993 y la Ley 812 de 2.003.

En razón a lo anterior y **en un hecho que constituye una prueba irrefutable de que la aplicación del 12%, es solo para los nuevos afiliados**, y que la respectiva distribución de aportes son acciones que se deben aplicar al salario devengado por los docentes que a pesar de estar pensionados continúan laborando, y no de su mesada pensional; **fue la compensación que la misma Ley contempla a favor de los Empleadores, ya que se ordenó a la Nación compensar el incremento en la taza de cotización con recursos del sistema general de participaciones**; tal como me permito ilustrarlo:

Artículo 81. (Negrillas y resaltos fuera del texto original)

(-)....***El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones*** *y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Es claro entonces, que **lo ordenado por el Articulo 81 de la Ley 812 de 2.003, no fue elevar el monto del aporte para salud a un porcentaje equivalente al 12% de la mesada pensional de los docentes;** sino que dicho incremento se debe aplicar al **salario de Docente activo y a las pensiones que se causen en favor de los Docentes que se vincularon después del 26 de Junio de 2.003,** los cuales deben ser regidos conforme a la normatividad que regule el sistema General de Pensiones y que actualmente exige una cotización del 12 % con una **distribución de aportes del** 4% por parte del trabajador y del 8% por parte del empleador, tal como lo consagra la Ley 100, de 1.993.

DIFERENCIA ENTRE APORTE Y COTIZACIÓN:

Coloquialmente se podría inferir que aportar es lo mismo que cotizar, puesto que estas dos acciones están encaminadas a fortalecer de manera solidaria el sistema de salud que cubre las contingencias de los asegurados; no obstante, técnicamente sí existen grandes diferencias, ya que mientras **el aporte es un cargo que es totalmente sufragado por el pensionado; En la cotización existe una división de aportes** en donde el empleador sufraga el 8% y el trabajador el 4%. Igualmente existen diferencias que de tipo contractual, ya que mientras la una es un aporte de una mesada pensional, la otra depende de una relación laboral.

Para mayor ilustración, me permito señalar los fundamentos legales que contienen las diferencian anteriormente ilustradas:

Norma del régimen exceptuado:
Ley 91 de 1.989, articulo 8 Numeral 5° (recursos que financian al FOMAG):
Negrillas y resaltos fuera del texto original:
Numeral 5°: El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, **como aporte de los pensionados**.

Norma del régimen General de pensiones:
El artículo 17 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por el Articulo 4 de la Ley 797 de 2.003, quedó definido así:
Negrillas y resaltos fuera del texto original:

Art. 17. *Obligatoriedad de las Cotizacianes. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensianes par parte de los afiliados, las empleadares y contratistas can base en el salario a ingresos par prestación de servicias que aquellos devenguen.....*

(-) ... La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, a cuando el afiliado se pensiane por invalidez a anticipadamente.

De conformidad con las normas anteriormente citadas, se colige que:

COTIZAR: **Es un pago compartido entre Empleador** y el **Trabajador**, el cual garantiza la protección del trabajador en un sistema de Salud, y sobre el cual se proyectará el pago de su futura mesada pensional, cotización que incide directamente en el valor de la pensión, los factores del IBL, el incremento por mayor número de semanas cotizadas, etc..

APORTAR: Es el valor que se deduce de la mesada pensional para fortalecer el sistema de salud de la entidad prestadora de dicho servicio (E.P.S., y/o FOSYGA), y que **está a cargo total del pensionado**, sin distribución de aportes y sin aporte compensatorio por parte del gobierno Nacional.

DIFERENCIA ENTRE AFILIADO Y JUBILADO

La afiliación a un fondo de pensiones solo se realiza una solo a vez en la vida, y ésta se formaliza con la simple presentación del formulario de afiliación por parte del empleador; no se requiere de un tiempo de permanencia mínimo y/o de alguna condición adicional especial. La primera afiliación al fondo de Pensiones es un suceso que determina el régimen pensional, la normatividad aplicable y los derechos o beneficios que adquiere el afiliado de conformidad con las leyes vigentes a la fecha de su vinculación; situación que se presenta tanto en el régimen público como en el régimen general de pensiones.

Después de la primera afiliación, se pueden presentar interrupciones por retiro o cambio de trabajo, pero esto no configura una desvinculación del afiliado al fondo pensional, ya que **no existe la figura jurídica de la reafiliación**; sino que simplemente se presenta

una pausa mientras se realizan nuevos periodos de cotización por parte del nuevo empleador; es decir, que **la afiliación al fondo pensional puede estar activa o inactiva**, pero esta inactividad no tipifica una desvinculación del afiliado, ya que legalmente **solo se permite la desvinculación del fondo pensional, cuando se le ha efectuado el reconocimiento de la Pensión de jubilación en favor del afiliado.**

Los Docentes oficiales de Colombia, son afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por una sola vez en su historia laboral, hecho que se verifica con la primera vinculación sin importar la modalidad del contrato: nombramiento temporal o en propiedad, Orden de Prestación de Servicio, Hora Cátedra o un simple reemplazo por licencia. Por mandato legal, el Docente debe pagar por dicha afiliación y/o por una reactivación de la afiliación, el equivalente a una tercera parte del primer salario, valor que directamente le es descontado por el empleador, quien actúa en cumplimiento de lo dispuesto en el Numeral 2 del Artículo 8 de la Ley 91 de 1.989:

Numeral 2:
Negrillas y resaltos fuera del Texto original:

*Las cuotas personales de inscripción equivalentes a **una tercera parte del primer sueldo mensual devengada**, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*

Cuando a un docente le pagan su primera mesada pensional, **NO le descuentan la tercera parte de la primera mesada pensional**, por concepto de afiliación al FOMAG.

De lo anteriormente expuesto se colige que El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no distinguió entre quienes ostentan la titularidad de Afiliado y quienes la calidad de pensionado, **creando una generalización al momento de implementar el aumento en la taza de cotizaciones que ordenó el Articulo 81 de la Ley 812 de 2.003,** procediendo a aplicar un porcentaje igual de descuento en la taza de aporte de las mesadas pensionales y en el salario devengado como docente activo.

RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES ESTABLECIDO EN EL ACTO LEGISLATIVO 001 DE 2005

Como efecto de los cambios normativos aplicados al régimen prestacional del Magisterio Oficial, La constitución Nacional, la Ley y la Jurisprudencia han determinado **que el régimen prestacional aplicable a los Docentes oficiales de Colombia, es el que se encontraba vigente al momento en que el Educador se vinculó a la docencia oficial**, distinguiendo taxativamente dos Regímenes, el Exceptuado o Especial, y el de Prima Media con Prestación definida o Régimen General de Pensiones con un subrégimen de transición, tal como me permito ilústralo:

LEY 91 DE 1989	LEY 812 DE 2.003	ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2.005.
REGÍMEN ESPECIAL Todos los docentes vinculados hasta el 26 de Junio de 2.003. Art 279 de la Ley 100/93 - parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005 Art 81 –Ley 812/2003. **RÉGIMEN EXCEPTUADO** Aporte al sistema de salud: el 5% de cada mesada pensional **incluidas** las adicionales	**PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA Y TRANCISIÓN TACITA** vinculados desde el 27 de junio de 2.003 hasta el 31 julio de 2.010. salvedad en la edad. 57 años para hombres y mujeres. Aplicación **parcial** de las Leyes 100/93 y 797 de 2.003. Aporte al sistema de salud: el 12% de cada mesada pensional **sin incluir** las adicionales.	**REGÍMEN GENERAL DE PENSIONES** Vinculados Desde el 01 de Agosto de 2.010, en adelante. Aplicación **total** de las leyes 100/93 y 797 de 2.003. Aporte al sistema de salud: el 12% de cada mesada pensional **sin incluir** las adicionales.

El parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo N° 001 de 2.005, ratifica los postulamientos enmarcados en el Artículo 81 de la Ley 812 de 2.003, en lo referente al régimen prestacional de los docentes en atención **a** su fecha de vinculación, manifestando que:

"(...) Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensionol de los docentes nacionales, nacianalizados y territorioles, vinculados ol servicio público educativo oficial es el establecida para el Magisteria en las dispasicianes legales vigentes con anterioridad a la entrodo en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esto. ***Los docentes que se hayan vinculada a se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán las derechas de prima media establecidas en las leyes del Sistema General de Pensianes****, en los términos del artículo 81 de lo Ley 812 de 2003 (...)"* (negrillas y resaltos fuera del texto original)

El anterior Parágrafo, señala con precisión, que los docentes que serán incorporados al Sistema General de Pensiones, son los que se vinculen o se hayan vinculado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, señalando puntualmente que es a este nuevo grupo a quienes se les regirá por la Ley 100 de 1.993 y 797 de 2.003, (sistema general de pensiones); subsecuentemente, se ha protegido a nivel constitucional, los derechos adquiridos que poseen los docentes que se vincularon de cualquier forma contractual con la educación oficial publica de Colombia, con anterioridad al 27 de Junio de 2.003.

El HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, ha proferido reiterada jurisprudencia en donde ratifica la existencia de los dos Regímenes que se aplican al magisterio oficial, y subclasifica al Régimen General, determinado el efecto transitorio que la Ley 812, Art 81, consagró en favor de los decentes vinculados entre el 27 de Junio de 2.003 y el 31 de Julio de 2.001, a quienes se les favoreció con el requisito de edad, el cual quedó fijado en 57 años para hombres y mujeres.

Respetuosamente me permito apoyar lo anteriormente expuesto con segmentos de precedentes jurisprudenciales proferidos por el Honorable Consejo de Estado, en

donde se establece la distinción de los dos regímenes existentes dentro del Magisterio oficial:
(Negrillas y resaltos fuera del texto original)

CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C., diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00084-00(1857)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: Régimen pensional de los docentes. Efectos del Acto Legislativo 01 de 2005. Aclaración. Reconsideración.

DOCENTE OFICIAL - Régimen pensional a partir del Acto Legislativo 01 de 2005 / REGIMEN PENSIONAL DE DOCENTE OFICIAL - Efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 *- Efectos sobre el régimen pensional de docentes oficiales*

(--) ..El régimen pensional aplicable a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales necesariamente está llamado a extinguirse en el tiempo a medida que decrece el número de sus destinatarios, mientras que irán aumentando los docentes que entran al régimen general de pensiones pero conservando el requisito de la edad como elemento determinante de la especialidad de su régimen pensional. El parágrafo transitorio 1o del artículo 1o del Acto Legislativo 01 de 2005 remite al artículo 81 de la ley 812 de 2003 y los efectos de esta remisión son: ***a) La fecha de ingreso al servicio educativo oficial de cada docente es el factor que fija el régimen pensional que le será aplicable, y no la fecha de causación del derecho****; b) la continuidad del régimen pensional especial aplicable a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, en el entendido de que está llamado a extinguirse junto con sus destinatarios, circunstancia que permite calificar ese régimen como transitorio; c) la conservación de un régimen especial, en atención a la edad, para una población de docentes que empieza a aumentar, porque son todos los que se vinculen al servicio público educativo a partir del 27 de junio de 2003. (...) El régimen de los docentes, atendiendo a su fecha de vinculación al servicio público docente, a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 y al régimen de transición consagrado en particular para ellos,* ***así:***

a) *El régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la ley 91 de 1989; b) el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres. Atendiendo los antecedentes del parágrafo transitorio 1o del artículo 1o del Acto Legislativo 01 de 2005, el 31 de julio de 2010 no es aplicable como fecha de expiración de ninguno de los regímenes pensionales establecidos para los docentes al servicio oficial.*

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 2009EE54229 de 24 de septiembre de 2009.

(-)".....En la consulta formulada en octubre de 200 la Señora Ministra de Educación Nacional hizo un recuento de la normatividad que desde la ley 6a de 1945 ha regulado las relaciones laborales y otros aspectos en el sector de Educación; ***destacó la ley 91de***

1989 sobre el régimen de prestaciones sociales del Magisterio y la creación del Fondo para su atención, así como las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias sobre la especialidad del régimen pensional, por lo que fueron excluidos de la ley 100de 1993; *y se refirió al artículo 81 de la ley 812 de 2003 y al Acto Legislativo 01 de 2005. La pregunta que entonces formuló a la Sala, decía:*

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

En el concepto emitido el 22 de noviembre de 2009 la Sala respondió:

"Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a) el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b) el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c) el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1o del Acto Legislativo No. 01 del 2005)."

SENTENCIA N° 2
(Negrillas y resaltos fuera del texto original)

CONSEJO DE ESTADO:

FUENTE FORMAL: *LEY 91 DE 1989 / LEY 100 DE 1993 / LEY 797 DE 2003*
REGIMEN PENSIONAL ESPECIAL DOCENTE – No le es aplicable la fecha de expiración del 31 de julio de 2010

NOTA DE RELATORIA: *Régimen pensional especial docente y su vigencia, Consejo de Estado, Sala de Consulta, Concepto de 10 de septiembre de 2009, Rad 1857, M.P., Enrique Arboleda Perdomo.*

INGRESO BASE DE COTIZACION PENSIONAL – Concepto
Como cotización o aporte se entiende que es el pago que efectúa el trabajador y su empleador, o sólo el primero en el caso de ser contratista o independiente, para tener derecho, previo el cumplimiento de los requisitos legales, a los beneficios que el régimen pensional consagra. La medida para determinar el aporte se conoce como ingreso base de cotización (Ibc), el cual en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente (artículo 19 de la ley 100 de 1993). Para los servidores del sector público el ingreso base de cotización "será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992" (artículos 18 de la ley 100 de 1993, 5º ley 797 de 2003.

REGIMEN PENSIONAL DE DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL – Ingreso base de cotización. Ingreso base de liquidación. Proporción. Aplicación con posterioridad al 27 de junio de 2003.

En este punto encuentra la Sala que como la normativa rectora de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 autoriza una desproporción entre el ingreso base de cotización (Ibc) (el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo – artículo 8° de la ley 91 de 1989) y el ingreso base de liquidación (Ibl) (artículo 15 de la ley 91 de 1989), no podía el artículo acusado 3° del decreto 3752 de 2003, señalar, de forma general como lo hizo, que en las pensiones causadas con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, debe existir una correspondencia entre los dos términos referenciados (Ibc - Ibl). Si bien es cierto la correlación entre cotización y liquidación desarrollada en el artículo enjuiciado 3° del decreto 3752 de 2003, no es un mandato nuevo e injustificado, porque deviene de la ley y de disposiciones de rango constitucional y porque busca corregir errores y prácticas que desencadenaron en la pérdida de sostenibilidad financiera de algunas entidades (Cajas de entidades territoriales, Caja Nacional de Previsión Social, Seguro Social), ***también lo es que el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 al establecer que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes 27 de junio de 2003 es el vigente con anterioridad a esa fecha****, permitió que las pensiones que se vayan causando, en esas circunstancias y hasta que se extinga la transición, no guarden correspondencia entre el ingreso base de cotización (Ibc) y el ingreso base de liquidación (Ibl).* ***Para la Sala los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, que reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión, ipso facto tendrán el status de jubilado y, por consiguiente, el derecho adquirido al reconocimiento "pleno" y "oportuno" de su prestación, conforme a las diferencias que les asisten (nacionales, nacionalizados o territoriales – ley 91 de 1989)****. El artículo controvertido 3° del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se declare nulo sino que se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003.*

(-)
FUENTE FORMAL: *LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 8 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 15 / LEY 812 DE 2003 – ARTICULO 81 INCISO 1 / LEY 812 DE 2003 – ARTICULO 81 INCISO 2 / LEY 812 DE 2003 – ARTICULO 81 INCISO 4*
NORMA DEMANDADA: *DECRETO 3752 DE 2003 (22 DE DICIEMBRE) GOBIERNO NACIONAL – ARTICULO 3*

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil once (2011)
Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00220-01(4582-04) y 11001-03-25-000-2005-00234-00(9906-05) ACUMULADOS
Actor: LIBARDO SANTIAGO LASSO Y OTROS
Demandado: GOBIERNO NACIONAL

(-)
Para abordar la controversia resulta pertinente hacer el siguiente recuento normativo:
- La ley 100 de 1993 creó el "sistema de seguridad social integral" y como parte de él estructuró el "sistema general de pensiones", pero exceptuando de su aplicación algunos sectores de pensionados, entre ellos "los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...".

*- **La ley 812 de 2003** aprobó "el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario". Esta normativa, en sus dos primeros incisos reguló lo referente al régimen pensional de los docentes oficiales:*

*"**ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES**. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*
Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres".
Esta ley entró en vigencia al 27 de junio del 2003, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 137.
*- La ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el "Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010", en su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la **ley 812**, entre ellas, las contenidas en el **artículo 81**.*
La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así:
*i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la **ley 812 de 2003**, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular; Este régimen está llamado necesariamente a extinguirse en el tiempo a medida que decrece el número de sus destinatarios (**régimen de transición**).*
ii) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.
En ambas situaciones se trata de un régimen exceptuado por el legislador, pues mantienen e introducen modificaciones al régimen pensional general.
- El parágrafo transitorio primero del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, se ocupa expresamente de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:
*"**Parágrafo transitorio 1o**. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la **Ley 812 de 2003**, y lo preceptuado en **el artículo 81** de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del **artículo 81 de la Ley 812 de 2003**" (resaltado y subrayas fuera del texto).*
*Si bien es cierto que el Acto Legislativo 01 de 2005, disposición que elevó a nivel de norma constitucional el reconocimiento de los dos grupos pensionales del **artículo 81***

de la ley 812 de 2003, *estableció que los regímenes especiales o exceptuados expirarían el 31 de julio de 2010, también lo es que este límite temporal de fenecimiento, de acuerdo con los antecedentes que le dieron origen, no es aplicable a los docentes del servicio oficial. Así lo concluyó, recientemente, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:*

"El Acto legislativo en estudio fue de iniciativa gubernamental contenida en los proyectos radicados en la Cámara de Representantes bajo los números 34 y 127, presentados el 23 de julio y el 19 de agosto de 2004, respectivamente, los que fueron acumulados para su trámite y en su contenido original proponían la eliminación de todos los regímenes especiales y exceptuados, dejando exclusivamente el de la Fuerza Pública y un régimen de transición que terminaría el 31 de diciembre de 2007.
Desde el primer debate en la Comisión Primera Permanente de Cámara, se introdujo el tema de los docentes como parte del 'régimen de transición'; y como un parágrafo transitorio fue conservado y ajustado en su texto a lo largo de las dos vueltas requeridas para la aprobación del acto legislativo, remitiendo al artículo 81 de la ley 812 de 2003.

Se tiene pues que el legislador, como constituyente derivado, optó por referirse al régimen pensional de los docentes vinculados al servicio educativo estatal en un parágrafo que calificó como 'transitorio' bajo dos supuestos: (i) ***cuando se pensione el último de los docentes vinculados con antelación a la entrada en vigencia de la citada ley 812 se extinguirá el régimen que para ese momento existía****; (ii) los docentes vinculados o que se vinculen a partir del 27 de junio de 2003, quedan sujetos el régimen pensional del sistema general.*

En esta perspectiva, la transitoriedad del régimen es predicable exclusivamente del grupo de docentes que entraron al servicio educativo oficial antes del 27 de junio de 2003. El régimen de los docentes que ingresan al servicio a partir de la vigencia de la ley 812 de 2003 tiene un elemento de diferenciación o especialidad que es la edad, respecto del régimen general, y así se conserva. ***En ninguno de los dos casos se estableció relación alguna con la fecha finalmente acordada para terminar el régimen de transición respecto de todos los regímenes diferentes al general****.*
.....

En criterio de la Sala, las dificultades surgen de estar consagrado en una norma denominada 'transitoria' y de su redacción en cuanto no se hizo explícita su continuidad más allá del 31 de julio de 2010, pues tal continuidad se consagra mediante la remisión al artículo 81 de la ley 812 de 2003 por el cual se había reformado el régimen establecido desde la ley 91 de 1989. .....
Atendiendo los antecedentes del parágrafo transitorio 1° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, el 31 de julio de 2010 no es aplicable como fecha de expiración de ninguno de los regímenes pensionales establecidos para los docentes al servicio oficial*" (resaltado fuera del texto).*
En el sub-lite las disposiciones enjuiciadas tienen en común que son reglamentarias del varias veces mencionado ***artículo 81 de la ley 812 de 26 de junio de 2003****.*
(-)

*Para la Sala los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, que reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión, ipso facto tendrán el status de jubilado y, por consiguiente, el derecho adquirido al reconocimiento "**pleno**" y "**oportuno**" de su prestación, conforme a las diferencias que les asisten (nacionales, nacionalizados o territoriales – ley 91 de 1989).*
No sobra precisar, en este punto, que la seguridad social en pensiones, al constituirse en derecho adquirido, debe ser respetada (con aplicación del principio de favorabilidad) y es exigible ante los jueces (artículos 48, 86, 228 y 229 CP).
El artículo controvertido 3° del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se

declare nulo sino que se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003.
Es necesario precisar, para este sector de docentes (vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003), que en el evento en que se produzca un desequilibrio entre el ***ingreso base de cotización (Ibc)*** *y el* ***ingreso base de liquidación (Ibl)****, por causas atribuibles al empleador o nominador, el artículo 22 de la ley 100 de 1993, prevé que éste debe responder por la totalidad del aporte:*
"El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador".
(-)
Como la precisión y las previsiones adoptadas en los decretos enjuiciados, tendientes a darle viabilidad al sistema del que son beneficiarios los docentes, fueron proferidas dentro de la facultad reglamentaria del Presidente de la República (artículo 189-11 de la Constitución Política), queda sin sustento el motivo principal de inconformidad planteado en los dos procesos acumulados, circunstancia que impone denegar las súplicas de la demanda, ***con la aclaración de que el artículo 3º del decreto 3752 de 2003 debe entenderse, mientras estuvo vigente, referido únicamente a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003.***

CREACIÓN DE UN TERCER RÉGIMEN Y VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY

El Articulo 279 de la Ley 100 de 1.993, excluyó al magisterio de la aplicación del régimen General de pensiones creado por la misma Norma, creándose de esta manera el Régimen Exceptuado.

Posteriormente el Legislador decidió dar fin al Régimen Especial o Exceptuado que gozaban los Docentes oficiales; para tal fin, creó la Ley 812 de 2.003, la cual en su artículo 81 determinó quienes quedaban cobijados por el Régimen Especial Exceptuado, y quienes serían incorporados al Sistema General de Pensiones; mandamiento legal que fue ratificado Constitucionalmente mediante el Acto Legislativo 01 de 2.005, el cual fijó como fecha límite el 31 de Julio de 2.010, para dar acabar de manera definitiva los Regímenes especiales, salvo presidente y fuerzas militares.

Del anterior recuento normativo y tal como se ha venido ilustrando en esta demanda, en lo referente al Magisterio oficial, la Ley y la Constitución determinaron dos grandes grupos, los cuales cada uno pertenecen a un régimen propio, el cual se enerva de requisitos legales intrínsecos al mismo y con amplia diferencia del otro; es así como en lo referente a los docentes oficiales de Colombia se distinguen estos dos Regímenes:

1. Los que se vincularon hasta el 26 de Junio de 2.003, a quienes se les aplicará el régimen prestacional que se encontraba vigente antes de dicha fecha, siendo éste el contenido en las ley y 91 de 1.989, con remisión a la Ley 33 de 1.985; el cual **se ha determinado como Régimen Especial o Exceptuado**.

2. Los que se vincularon a partir de 27 de junio de 2.003, a quienes se les ha incorporado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, contemplado en la Ley 100 de 1.993 y 797 de 2.003; con una pequeña transición para los que se vincularon entre el 27 de Junio de 2.003 y el 31 de julio de 2010, quienes tendrán una favorabilidad en el requisito de edad, el cual quedó establecido en 57 años para hombre y mujeres. Estos docentes **ya no están cobijados por normas especiales y pertenecen al Régimen General de Pensiones**.

Actualmente la mayoría de los docentes que se encuentran pensionados pertenecen al régimen exceptuado, puesto que se vincularon con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2.003. Es importante precisar que los Docentes que se vincularon con posterioridad a la precitada fecha, todavía no han cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación, salvo los casos aislados de Pensión de Invalidez y/o de Sobreviviente, pero en términos generales **todos los Docentes Pensionados de Colombia se encuentran regidos por la Ley 33 de 1.985 en remisión a Ley 91 de 1.989, y pertenecen al régimen exceptuado determinado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2.003 y el Articulo 279 dela Ley 100 de 1993**.

La Constitución Nacional, La Ley y La Jurisprudencia han determinado que los Regímenes Pensionales son leyes de aplicación integral, en donde el afiliado para poder acceder a la Pensión, debe someterse a todos los ordenamientos de la Ley que lo enmarca y cumplir la totalidad de los requisitos allí establecidos.
Del contenido del artículo 53 de la Constitución Nacional, emergen los principios de Favorabilidad y Condición más Beneficiosa, los cuales permiten a los aspirantes de una Pensión de sobreviviente y/o invalidez, acogerse a la normatividad pensional que se adecúe a su historia laboral; pero aun así, **los Regímenes Pensionales son excluyentes, es decir, se aplica uno o se aplica el otro,** pero no se pueden aplicar por partes o por retazos, no se pueden mezclar las condiciones del uno con los requisitos del otro, a fin de lograr una situación que le permita un beneficio particular a un tercero; **prohibición expresa del principio de inescindibilidad de la ley**.

La situación fáctica de los Docentes pensionados que se vincularon con anterioridad al 27 de Junio de 2.003 y que por mandato de Ley están excluidos del Régimen General de pensiones, está generalizada por el reconocimiento de una mesada pensional que fue concedida bajo los ordenamientos del régimen Especial exceptuado, pero que paulatinamente ha venido siendo modificada y/o condicionada bajo el amparo de disposiciones legales que son propias del Régimen General de Pensiones; **situación que conlleva a la creación de un nuevo régimen pensional el cual está compuestos de elementos del Régimen especial y elementos del Régimen General de Pensiones**, tal como me permito señalarlo:
La pensión de Jubilación y la mesada pensional de los Docentes de Colombia que se vincularon antes del 26 de junio de 2.003, está demarcada por los siguientes aspectos:

Requisitos:
55 años de edad y 20 de servicio, tal como lo ordena la Ley 33 de 1.985 con remisión a la **Ley 91 de 1.989. (Aspecto del Régimen Especial).**

Deducciones para salud:
Se le descuenta el 12 % de cada mesada Pensional, tal como se establece en la **Ley 100 de 1.993**. **(Aspecto del Régimen General de Pensiones)**

Deducciones sobre las mesadas adicionales:
Se les descuenta el 12 % de cada mesada adicional de Junio y Diciembre.
En este caso se está aplicando el **porcentaje estipulado en la Ley 100 de 1.993 (12%),** pero sin tener en cuenta que dicha Ley prohíbe aplicarle deducciones para salud a las mesadas adicionales.
Para justificar dicho descuento, el FOMAG invoca lo establecido en la Ley 91 de 1.989, en donde sí se permite descontar de las mesadas adicionales, pero omitiendo el porcentaje allí establecido, el cual es 5% del valor de la mesada.
(Aquí se mezclaron tanto elementos del régimen general, como elementos del régimen especial).

Ajuste anual de la Mesada pensional:
La Pensión de jubilación es ajustada cada primero de Enero, con base al porcentaje del I.P.C. decretado por el DANE; tal como lo ordena el artículo **14 de la Ley 100 de 1.993. (Aspecto del Régimen General de Pensiones)**

Tal como se ha detallado, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **ha instituido un nuevo Régimen Pensional** que está por fuera del marco legal, sin fundamento normativo y que fue implementado con el único objetivo de beneficiar sus arcas; toda vez que éste está integrado con la mezcla de los requisitos y aspectos del Régimen especial y del aspectos del Régimen General de Pensiones, que le son más favorables, sometiendo la mesada pensional de los docentes a unas condiciones distintas a las establecidas intrincadamente en cada Régimen en particular, **situación que tipifica una clara y expresa violación al principio de inescindibilidad de la ley, con el único propósito de beneficiar a un tercero.**

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG; carece de facultad expresa para regular la liquidación de las pensiones de jubilación, el valor de las deducciones a descontar como aporte al sistema de salud y el porcentaje con el que debe reajustarse la mesada pensional anualmente, ya que estas funciones son exclusivas del Legislador; pero en el presente caso se observa que ha creado un régimen pensional diferente al legalmente establecido para los decentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2.003, vulnerando preceptos legales como los artículos 13,48 y 53 de la Constitución Política, y las Leyes 71 de 1.978 - 33 de 1.985 - 91 de 1989 y 812 de 2003.

La Honorable CORTE CONSTITUCIONAL, mediante sentencia C -369 de 2004, resolvió un cargo inconstitucionalidad, que un ciudadano formuló contra el inciso 4° del artículo 81 de la ley 821 de 2003, pues éste consideraba que dicha ley debió establecer una compensación que equipara paulatinamente el porcentaje en que se incrementó el aporte al sistema de salud que debían pagar los pensionados del fondo del Magisterio, tal como se implementó cuando entro en vigencia la Ley 100 de 1.993; que tal discriminación atentaba contra el derecho fundamental a la igualdad.

Al respecto la corte enfatizó que:

SENTENCIA C -369 DE 2004:
(Negrillas y resaltos fuera del texto original)

"(...) *Conforme a lo anterior, el cargo de igualdad no está llamado a prosperar, por cuanto la regulación de* ***la cotización en salud no puede ser considerada una prestación autónoma y separable.*** *En efecto, esa cotización está ligada al conjunto de los servicios de salud prestados al magisterio, que representan un régimen específico, pues dichos servicios son prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, como lo dice otro aparte de la disposición acusada. Y en esas circunstancias, no tenía por qué la norma acusada prever el incremento de la cotización en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio un incremento de su mesada idéntico al previsto por la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de salud y pensional es en ambos casos distinto,* ***como la cotización está vinculada al conjunto del régimen, no puede ser considerada una prestación autónoma y separable.*** *La Ley no estaba*

entonces obligada a prever para el aumento de la cotización en salud de los pensionados del régimen especial de los docentes un mecanismo compensatorio idéntico al establecido por la Ley 100 de 1993 para el sistema general de seguridad social (...)"

En el mismo pronunciamiento jurisprudencial la Honorable Corte Constitucional puntualiza las diferencias existentes entre Régimen general y el Régimen especial, resaltando sus propiedades excluyentes, ratificando la prohibición de mezclar los ordenamientos de uno con los del otro, indicando que estos deben ser aplicados integralmente y que son normas específicas que no pueden ser escindidas en pro del beneficio y/o al arbitrio de un tercero; es así como la Sentencia estableció que:

(Negrillas y resaltos fuera del texto original)

"(...) *Esta Corporación ha señalado con claridad* ***que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad,*** *sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica.* ***Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una lex tedia, que sería un verdadero tercer régimen,*** *compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial,* ***lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la Ley en materia de seguridad social****. Sin embargo, la Corte ha precisado que lo anterior no significa que sea imposible formular cargos de igualdad por eventuales discriminaciones que hayan podido ser ocasionadas en un régimen especial.* (...)".

MONTO QUE DEBEN APORTAR DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN LOS DOCENTES OFICIALES DE COLOMBIA

Actualmente los Docentes pensionados de Colombia, a pesar de haberse vinculado con anterioridad al 27 de Junio de 2.003 y de pertenecer al Régimen Especial y Exceptuado; están siendo regulados con los aspectos del Régimen General de Pensiones, no solo en lo relativo al monto del aporte al sistema de Salud, sino además en lo referente al reajuste anual con que es actualizada la mesada Pensional.

Desde el momento que entró en vigencia la Ley 812 de 2.003, a los Docentes Pensionados se les está descontando el 12% de cada mesada pensional y de cada mesada adicional de junio y Diciembre, cuando lo ordenado para el Régimen exceptuado es el 5%, establecido en la Ley 91 de 1.989.

En lo referente a los incrementos anuales, la mesada pensional está siendo ajustada con base al porcentaje del I.P.C., reportado por el DANE para cada año y no con base a la misma proporción en la que el Gobierno Nacional reajusta anualmente el

salario Mínimo Legal mensual.

Consecuentemente se tiene que de conformidad con los mandatos de la Ley 812 de 2.003, existen dos porcentajes para aplicar a los docentes pensionados, a título de aportes para el sistema de salud:

1. El establecido para los vinculados hasta el 26 de junio de 2.003, que es el **5% establecido en el Artículo 8° de la ley 91 de 1.989**, aplicado sobre las 12 mesadas y las mesadas adicionales de junio y Diciembre.

2. El establecido para los vinculados a partir del 27 de junio de 2.003, que **es el 12% establecido en la Ley 100 de 1.993**, aplicado únicamente sobre las 12 mesadas pensionales, SIN aplicársele dicha deducción a las mesadas adicionales de junio y Diciembre

Para ratificar lo anteriormente expuesto, me permito invocar lo manifestado por El Honorable Consejo de estado – sala de Consulta y servicio Civil, en el cual se respondió a la **consulta efectuada por la Viceministra de Educación Nacional, respecto de cuál es el monto que deben aportar los docentes para el sistema de salud,** en atención a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2.003 y el acto Legislativo 01 de 2.005:
(Negrillas y resaltos fuera del texto original)

DESCUENTO DE LA COTIZACION PARA SALUD DE LAS MESADAS ADICIONALES PAGADAS A LOS PENSIONADOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO - Descuento del aporte para salud por una nueva relación laboral o contractual de servicios personales de un pensionado del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio / REGIMEN PENSIONAL DE DOCENTE – Según la fecha de su vinculación al servicio estatal.

La doctora Isabel Segovia Ospina, Viceministra de Educación Preescolar, Básica y Media, encargada de las funciones del Despacho de la Ministra de Educación Nacional, *a solicitud de la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. , en su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presenta a la Sala una consulta en relación con la viabilidad legal de continuar haciendo los descuentos para salud a las mesadas adicionales de los pensionados del Fondo y si en caso de una nueva relación laboral o contractual de servicios personales de un pensionado del Fondo, se deben hacer tanto los aportes para salud por causa de ésta, como los establecidos por su condición de pensionado del Fondo, teniendo en cuenta que el servicio de salud es único.* ***Se debe distinguir según el régimen pensional aplicable: a) En el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el descuento de la cotización del 5% para salud se hace sobre cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales.*** *b) En el caso de los docentes vinculados al servicio estatal a partir del 27 de junio de 2003, que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual, no de la mensualidad adicional a la pensión de diciembre o del pago de treinta (30) días de la pensión que se cancela con la mesada del mes de junio, según el derecho a estos ingresos que tenga el pensionado. 2. Deben descontarse los aportes de salud de la persona, con destino a una sola empresa promotora de salud, tanto por su situación de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como por su situación de vinculación laboral o contractual de servicios personales. El descuento de tales aportes*

debe efectuarse sobre la totalidad de los ingresos derivados de las dos situaciones, con un tope máximo de veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

FUENTE FORMAL: *LEY 91 DE 1989 - ARTICULO 8 NUMERAL 5 / LEY 91 DE 1989 - ARTICULO 15 NUMERAL 2 LITERAL B / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 50 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 142 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 143 INCISO 2 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 161 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 204 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 153 NUMERAL 2 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 279 / LEY 238 DE 1995 / LEY 812 DE 2003 - ARTICULO 81 / LEY 797 DE 2003 / LEY 1122 DE 2007 - ARTICULO 10 / LEY 1151 DE 2007 - ARTICULO 160 / LEY 1250 DE 2008 - ARTICULO 1 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 27 / DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 48 / DECRETO 806 DE 1998 - ARTICULO 52 / DECRETO 1703 DE 2002 / ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2005 - ARTICULO 1 INCISO 8 / ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2005 - PARAGRAFO TRANSITORIO 6o*

NOTA DE RELATORIA: *Sobre los regímenes pensionales de los docentes oficiales, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 22 de noviembre de 2007, Rad. 1857.*

CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero Ponente (E.): WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010).-

Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00009-00 (1.988) Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

Referencia: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Descuento de la cotización para salud de las mesadas adicionales pagadas a los pensionados del Fondo, según su régimen aplicable. Descuento del aporte para salud por una nueva relación laboral o contractual de servicios personales de un pensionado del Fondo.*

(-)
sin modificar estos últimos, (...)".

3.2 Los dos regímenes pensionales de los docentes oficiales según la fecha de su vinculación al servicio estatal.

La Sala, mediante el Concepto No. 1857 – Aclaración, del 10 de septiembre de 2009, se pronunció sobre la distinción de los dos regímenes pensionales de los docentes oficiales, la cual surge de la regulación contenida en el artículo 81 de la ley 812 de 2003.

En efecto, la ley 812 del 26 de junio de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", y que según el artículo 137, entró en vigencia el día de su promulgación, **el 27 de junio de 2003** (Diario Oficial No. 45.231), dispone en el artículo 81 lo siguiente:

"Artículo 81.- ***Régimen Prestacional de los docentes oficiales.-*** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.**

[2] Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-348-97, C-956-01, C-980-02, entre otras.

(-)Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los

requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones[3].

(...)" (Resalta y subraya la Sala).
Resulta oportuno anotar que el artículo 81 de la ley 812 de 2003 **continúa vigente** por expresa disposición del artículo 160 de la ley 1151 del 24 de julio de 2007, "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010".

La Sala, en el referido Concepto, luego de hacer el correspondiente análisis sobre la normatividad aplicable, al cual se remite en esta oportunidad, sintetizó los dos regímenes pensionales de los docentes oficiales de la siguiente manera:

"La última de las preguntas formuladas por los señores Ministros permite concretar el régimen de los docentes, atendiendo a su fecha de vinculación al servicio público docente, a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 y al régimen de transición consagrado en particular para ellos, así:

□ El régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la ley 91 de 1989;

□ El régimen pensional de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres.

[3] El inciso cuarto del artículo 81 de la ley 812 de 2003 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-369 del 27 de abril de 2004, únicamente por el cargo analizado, consistente en la presunta violación del principio de igualdad.

Atendiendo los antecedentes del parágrafo transitorio 1o del artículo 1o del Acto Legislativo 01 de 2005, el 31 de julio de 2010 no es aplicable como fecha de expiración de ninguno de los regímenes pensionales establecidos para los docentes al servicio oficial".

Desde esta perspectiva, procede la Sala a analizar el descuento de la cotización para salud de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según uno u otro régimen. (...)" (Resalta la Sala).

En conclusión, en el caso de los docentes vinculados al servicio educativo oficial antes del 27 de junio de 2003, que son pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **por disposición expresa de la ley es viable efectuar el descuento del 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales.**

(-) *LA SALA RESPONDE*

1. Se debe distinguir según el régimen pensional aplicable:

a) En el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ***el descuento de la cotización del 5% para salud se hace sobre cada mesada pensional, incluídas las mesadas adicionales.***

b) En el caso de los docentes vinculados al servicio estatal a partir del 27 de junio de 2003, que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual, no de la mensualidad adicional a la pensión de diciembre o del pago de treinta (30) días de la pensión que se cancela con la mesada del mes de junio, según el derecho a estos ingresos que tenga el pensionado. (-)

PORCENTAJE PARA AJUSTAR ANUALMENTE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LAS DOCENTES PENSIONADOS COBIJADOS POR RÉGIMEN EXCEPTUADO - LEY 100 DE 1993.

Los Docentes Oficiales vinculados con anterioridad al 27 de Junio de 2.003, pertenecen a un régimen especial y deben ser regidos por sus Leyes especiales, normatividad que ordena incrementar anualmente la mesada pensional en el mismo porcentaje decretado por el gobierno nacional para reajustar el salario mínimo mensual legal; pero actualmente la mesada pensional de mi mandante está siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, solo se aumenta en el mismo porcentaje del Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.) reportado por el DANE para cada año; situación que conlleva una disminución gradual del valor de la mesada pensional, ya que año tras años está perdiendo poder adquisitivo frente al salario mínimo legal mensual.

La Ley 812 de 2.003, en su artículo 81 señaló que:
negillas y resaltos fuera del texto original

(-) ..... ***el régimen prestacional de los docentes oficiales (nacionales, nacionalizados y territoriales) que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a ésta ley****. El personal docente que se vincule a partir de la entrada en vigencia de esta norma tendrá los derechos pensionales contemplados en la ley 100 de 1993 y ley 797 de 2003, bajo la premisa de que la edad será establecida tanto para hombre como para mujer en 57 años.*

La norma anteriormente señalada, ratifica que los Docentes vinculados con anterioridad al 27 de Junio de 2.003, quedaran exentos de la aplicación del Régimen General de Pensiones, y se les regirán por lo dispuesto en las normas vigentes anteriores a la precitada Ley; normatividad que encuentra armonía con lo dispuesto en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1.993, en donde de manera expresa el Legislador excluyó al Magisterio oficial de la aplicación del Régimen General de Pensiones.

El texto original del artículo 11 de la Ley 100 de 1993, determinaba el campo de aplicación y las exclusiones del Sistema General de Pensiones, así:

"*El Sistema General de Pensiones, **con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley**, se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas 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.*

Para los 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 que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes." **(Negrillas y resaltos fuera del texto original)**

En virtud a los mandatos constitucionales de legalidad, favorabilidad, irrenunciabilidad y progresividad de los derechos laborales, que se encuentran contenidos en el artículo 53 de la Carta Nacional; se estableció el campo de aplicación del Sistema General de Pensiones "conservando y respetando" los beneficios, prerrogativas y derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, además de las excepciones contempladas en el artículo 279, siendo este último el que nos permitirá finalmente **determinar la exclusión de los docentes** en la aplicación de la fórmula de reajuste periódico de las pensiones contenida en el artículo 14, reza el referido artículo:
Negrillas y resaltos fuera del texto original:

> *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. (Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995) (Negrillas fuera de texto).*

RÉGIMEN DOCENTE Y SU EXCLUSIÓN DE LA LEY 100 DE 1993

De manera específica el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, excluye en la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado mediante la Ley 91 de 1989; situación que de forma precisa permite establecer que la fórmula de incremento establecida en el ya señalado artículo 14, no es aplicable a los demandantes al obrar una causal expresa de exclusión.

La discusión planteada respecto a la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y la regresividad laboral determinada al tomar como fórmula de incremento pensional conforme al Índice de Precios al Consumidor, queda superada definitivamente al estudiar el tenor de los artículos 40 y 41 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993.

El artículo 40 del Decreto 692 de 1994, dispone la integración al Sistema General de Pensiones de diferentes grupos pensionales, particularmente lo hace para efectos del incremento fijado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, dejando a salvo los regímenes excluidos del artículo 279, dentro de los cuales se encuentran los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; reza este artículo:

> ***"Artículo 40. Incorporación de los pensionados.*** *A partir del 1° de abril de 1994, se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público.*
>
> *Igualmente, se entienden incorporados al sistema general de pensiones,* ***especialmente para los efectos del reajuste previsto en el artículo siguiente,*** *a los pensionados a quienes se les reconoció la pensión con anterioridad al 1° de abril de 1994.* ***No se entienden incorporados los pensionados de los regímenes excluidos en la Ley 100 de 1993.***"(Negrillas fuera de texto)
>
> **Artículo 41. Reajuste de pensiones.** Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, en el sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el 1° de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, total nacional, 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, cuando dicho reajuste resulte superior al de la variación del IPC previsto en el inciso anterior.
>
> **Parágrafo.** El primer ajuste de pensiones, de conformidad con la fórmula establecida en el presente artículo, se hará a partir del 1° de enero de 1995.

El reajuste al cual se hace mención es una transcripción literal del artículo 14, del cual no existe duda quedan excluidos los docentes al encontrarse exceptuados en la Aplicación de la Ley 100 de 1993, y expresamente ratificarse dicha exclusión por medio del Decreto 692 de 1994.

Aun cuando se contempló inicialmente una exclusión absoluta respecto del Régimen General de Seguridad Social Integral, esta fue atenuada mediante la Ley 238 de 1995, por medio de la cual se adiciona el artículo 279 en los siguientes términos:
Negrillas y resaltos fuera del texto original:

> ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo:
>
> "Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los **beneficios y derechos determinados en los**

artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

La aplicación de los artículos 14 y 142 a los regímenes exceptuados del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, **se condicionó a que ello implicara un beneficio, situación que no puede predicarse respecto a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, a quienes debe aplicárseles el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, es decir, un reajuste periódico de las pensiones en idéntico porcentaje al fijado para el salario mínimo.

Tal como se ha ilustrado de manera objetiva, la exclusión del Sistema General de Seguridad Social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en especial por lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993 (Decreto 692 de 1994), NO representa beneficio alguno respecto a estos pensionados.

PERJUICIOS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 100 DE 1993.

La aplicación como fórmula de incremento pensional del Índice de Precios al Consumidor, no supone perjuicio alguno para quienes se encuentran dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, como ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C- 387 de 2004, situación que no puede predicarse respecto a quienes les viene siendo aplicada esta norma por extensión, determinando una pérdida en el quantum de sus mesadas pensionales, toda vez que al haberles sido reconocidas pensiones en monto superior a la prestación mínima han visto cómo sus mesadas sufren un detrimento porcentual.

Tal como procederé a ilustrar, se puede evidenciar que durante los últimos veinte años el porcentaje en que se ha incremento el salario mínimo legal mensual, ha sido sustancialmente superior al porcentaje del IPC establecido por el DANE, lo cual nos permite concluir que la aplicación de este último representa una pérdida porcentual en el monto de las mesadas pensionales, digna de ser superada por los mecanismos judiciales.

Con el ánimo de demostrar el perjuicio que le está causando a mi mandante la aplicación del I.P.C., como fórmula de incremento pensional, respetuosamente me permito ilustrar al señor Juez, un cuadro comparativo de las diferencias existentes entre los dos indicadores, así:

AÑO	VARIACIÓN SMLV (%)	I.P.C. a APLICAR	DIFERENCIA (%)
1.989	26,99	28,12	(1,13)
1.990	26,01	26,12	(0,11)
1.991	26,07	32,36	(6,29)
1.992	26,04	26,82	(0,78)
1.993	25,03	25,13	(0,10)
1.994	21,09	22,60	(1,51)
1.995	20,50	22,59	(2,09)
1.996	19,50	19,46	0,04
1.997	21,02	21,63	(0,61)
1.998	18,50	17,68	0,82

1.999	16,01	16,70	(0,69)
2.000	10,00	9,23	0,77
2.001	9,96	8,75	1,21
2.002	8,04	7,65	0,39
2.003	7,44	6,99	0,45
2.004	7,83	6,49	1,34
2.005	6,56	5,50	1,06
2.006	6,95	4,85	2,10
2.007	6,30	4,48	1,82
2.008	6,41	5,69	0,72
2.009	7,67	7,67	-
2.010	3,64	2,00	1,64
2.011	4,00	3,17	0,83
2.012	5,81	3,73	2,08
2.013	4,02	2,44	1,58
2.014	4,50	1,94	2,56
2.015	4,60	3,66	0,94
2.016	7,00	6,77	0,23
2.017	7,00	5,75	1,25
2.018	5,90	4,09	1,81

En el acápite de la cuantía determinaremos con exactitud los perjuicios sufridos por mi mandante al aplicársele como fórmula de incremento pensional del Índice de Precios al Consumidor del artículo 14 de la ley 100 de 1993, omitiendo la favorabilidad que representa el artículo 1 de la ley 71 de 1989.

NORMATIVIDAD QUE RIGE Y DETERMINA EL INCREMENTO ANUAL DE LAS MESADAS DE LOS DOCENTES PENSIONADOS Y EXCEPTUADOS DEL RÉGIMEN GENERAL DE PENSIONES

El incremento periódico de las pensiones para los servidores públicos y en especial los cobijados por el Régimen Exceptuado, está establecido en una proporción equivalente al mismo porcentaje igual al fijado por el Gobierno Nacional para decretar el salario mínimo legal mensual cada año de conformidad con lo dispuesto por la Ley 71 de 1988, ley que entró a regir a partir del 1° de enero de 1989, subsanando la inequidad del régimen anterior en materia de reajustes pensionales (Ley 4a. de 1976) que consagraba un incremento pensional inferior al aplicable al salario mínimo.

No obstante la expedición de la Ley 71 de 1988, se había materializado un perjuicio respecto a los pensionados cuyos reconocimientos prestacionales se habían causado durante la vigencia de la Ley 4a. de 1976. Esto motivó la expedición del artículo 116 del Estatuto Tributario (reglamentado por el Decreto 2108 de 1992), que permitió reajustar las pensiones que se encontraban en situación de desigualdad frente al régimen de ajustes establecido en la Ley 71 de 1988; es decir, aquellas causadas antes del 1° de enero de 1989; Regímenes que eran aplicados igualmente a los Docentes oficiales.

Las Leyes 4a. de 1976 (artículo 1°) y 71 de 1988 (artículo 1°, que remite a las pensiones de que trata el artículo 1° de la Ley 4a. de 1976) se referían a los reajustes de las pensiones "de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el

sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de Seguros Sociales" y no establecía regímenes especiales.

En vigencia de las precitadas leyes 4a. de 1976 (artículo 1°) y 71 de 1988 (artículo 1°), se expidió la Ley 91 de 1989, la cual creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo objetivo principal es la realización del pago de las prestaciones del personal afiliado, y la garantía de la prestación de los servicios médico-asistenciales contratados con las entidades definidas por el Consejo Directivo (artículo 5, numerales 1 y 2, Ley 91 de 1989). **La creación de este Fondo sólo modificó la legislación pensional preexistente en lo referente a la entidad que reconoce y paga las prestaciones sociales de los maestros.** En consecuencia, permaneció inmodificado el régimen sustantivo general de cada prestación en particular (pensiones, cesantías y vacaciones), salvo las precisiones que para cada una establece el artículo 15 de la Ley 91. En materia pensional, el artículo 15, numeral 2, consagra la pensión de gracia para los docentes vinculados hasta del 31 de diciembre de 1980 (literal A), y para quienes se vinculen con posterioridad a esa fecha, reconoce una pensión de jubilación del 75 % del salario mensual promedio del último año y una prima adicional de medio año equivalente a una mesada pensional, todo de acuerdo al régimen vigente para los pensionados del sector público nacional (literal B).

Con posterioridad fue expedida la Ley 100 de 1993, que como ya se vio, excluye de sus disposiciones a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y **deja en firme la Ley 91 de 1989 y el artículo 1° de la Ley 71 de 1989, al no encontrarse dentro de la vigencia y derogatorias expresas contempladas en el artículo 289 del referido estatuto**.

INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 100 DE 1993.

La reducción porcentual en las pensiones de jubilación, que acusamos ha significado la aplicación de la fórmula de incremento establecida en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, constituye una violación al mandato de progresividad laboral, como ha expresado el H. Consejo de Estado en sentencia del siguiente tenor:

> *"En tal razón, Colombia aprobó mediante ley 16 de 1972 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 26 consagra el principio de la progresividad, así:*
> *"Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."*
>
> *Posteriormente, mediante la ley 319 de 1996, se aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, que en sus considerandos recordó que, "con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, **sí se crean condiciones que permitan a***

cada persona gozar de sus derechos ***económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos****" plasmando en su artículo 4°, taxativamente, la prohibición de la regresividad de los derechos reconocidos o vigentes en virtud de cualquier fuente formal de derecho; y en su artículo 7°, que en el ejercicio del derecho al trabajo, toda persona debe gozar del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.*

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia del 14 de diciembre de 2011, expediente No. 11001-03-25-000-2005-00244-01, con ponencia del conjuez CARLOS ORJUELA GONGORA).

No fue el 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, el retroceso o regresividad está enmarcado por el ejercicio abusivo del derecho por parte de las demandadas.

La aplicación del artículo 1 de la ley 71 de 1988, resulta favorable para los docentes frente a la establecida por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; la cual no puede ser aplicada a los Docentes puesto que no representa beneficio alguno. (Artículo 1° de la Ley 238 de 1995).

No es entendible 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 expedición del artículo primero de la Ley 71 de 1988, siendo esta la norma que representa la equidad y progresividad laboral para los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Con la determinación del campo de aplicación establecido en los artículos 11 y 279 de la Ley 100 de 1993, se buscó la salvaguardia de los derechos, beneficios y prerrogativas respecto a las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, lo cual determinó la prohibición de cualquier norma regresiva respecto a este contingente de pensionados (artículo 1 de la Ley 238 de 1995).

La reducción porcentual en las pensiones de jubilación, que acusamos ha significado la aplicación de la fórmula de incremento establecida en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, constituye una violación al mandato de progresividad laboral.

Con la expedición de la Ley 71 de 1988, se buscó superar un desequilibrio salarial creado a partir de la fórmula de incremento pensional establecida en la Ley 4 de 1976, determinando el incremento pensional aplicable a los regímenes del articulo 11 y 279 del señalado estatuto.

Al armonizar los derroteros o fines propuestos en los artículos 279 de la Ley 100 de 1993, el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 1 de la Ley 238 de 1995, con el actuar de la administración al aplicar a quienes se encontraban excluidos el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, observamos una conducta regresiva que no corresponde a la voluntad del legislador, al buscar la protección de los derechos y prerrogativas adquiridos.

La Honorable Corte Constitucional se ha referido a este tipo de conductas, citando el Principio de Progresividad implícito en las regulaciones laborales, determinando la obligación del Estado en avanzar constantemente en la protección del trabajo a fin de

lograr la plena realización de los derechos sociales, lo contrario hace presumir un estado de cosas inconstitucionales.
Al respecto me permito invocar lo manifestado por la nombrada corporación:

Sentencia C-507 de 2008:
Negrillas y resaltos fuera del texto original
(-)
"La Corte se ha referido a la prohibición de regresividad por la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esa garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que está en proceso de acceder al derecho. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población."

Como lo ha señalado la Corte, ***cuando una norma retrocede, por cualquier vía el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional****. Sin embargo, esta presunción admite, prueba en contrario. En este sentido la Corte ha señalado que la prohibición de regresividad es apenas una prohibición prima fase y no absoluta. Lo anterior significa que cuando el Estado ha obtenido un mayor nivel de satisfacción de derechos sociales, la decisión política de disminuir el alcance de la protección debe contar con una justificación suficiente para superar la prohibición de regresividad"*

La aplicación indiscriminada del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, contraría el respeto de los derechos adquiridos en materia pensional y de seguridad social contenidos en el artículo 48 de la Carta política y la favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53, situación que sometemos al escrutinio judicial a efectos de recuperar el equilibro pensional violado a los demandantes.

La aplicación del Índice de Precios al Consumidor para actualizar la mesada pensional, **no supone perjuicio alguno para quienes se encuentran dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones**, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, situación que no puede predicarse respecto a quienes les viene siendo aplicada esta norma por extensión, y que como resultado de su indebida aplicación ha constituido una perdida porcentual en el quantum de sus mesadas pensionales.

La mesada pensional de un docente está perdiendo anualmente poder adquisitivo frente al salario mínimo legal mensual, creándose de esta manera un detrimento gradual, situación que de continuar y suponiendo una proyección prolongada conllevará a que en determinado momento el salario mínimo sea superior a la mesada pensional reconocida al docente, pese a que cuando esta le fue concedida era ampliamente superior al salario mínimo.

En el caso de mi representado podemos observar el perjuicio que se le ha causado a su mesada pensional, puesto que desde el momento en que le fue reconocida, ha sido actualizada con base al I.P.C., perdiendo cada año poder adquisitivo frente al salario mínimo, en la siguiente proporción:

Cuadro comparativo de la diferencia existente sí la pensión del Demandante se hubiera reajustado con Base a la proporción del incremento anual del salario mínimo legal mensual, y no con base al I.P.C., de cada año.

AÑO	VARIACIÓN SMLV (%)	I.P.C. a APLICAR	DIFERENCIA (%)
2.009	7,67	7,67	-
2.010	3,64	2,00	1,64
2.011	4,00	3,17	0,83
2.012	5,81	3,73	2,08
2.013	4,02	2,44	1,58
2.014	4,50	1,94	2,56
2.015	4,60	3,66	0,94
2.016	7,00	6,77	0,23
2.017	7,00	5,75	1,25
2.018	5,90	4,09	1,81
TOTAL			**12,92**

Como se ha evidenciado, generalmente el incremento del salario mínimo es en una proporción superior al porcentaje del IPC, lo cual nos permite concluir que la aplicación de este último representa una pérdida porcentual en el monto de las mesadas pensionales, que en el caso de mi representado es un aproximado del **12,92%.**

FORMULA DE INCREMENTO PENSIONAL CONTENIDA EN LA LEY 100 DE 1993.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como entidad que tiene a su cargo el pago de las mesadas pensionales de los Docentes oficiales, implementó como fórmula para determinar el incremento anual de las mesadas pensionales la establecida en la Ley 100 de 1993, la cual viene aplicando desde el momento en que dicha norma empezó a regir.
El artículo 14 de la Ley 100 de 1993, establece que:

> ***"ARTICULO. 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."* (Negrillas fuera de texto)

Puede observarse del tenor literal del artículo, que el reajuste oficioso de las pensiones tiene dos fórmulas de incremento, la primera de estas es el Índice de Precios al Consumidor, aplicable a las pensiones reconocidas en montos superiores al salario mínimo, la segunda determinada por el incremento anual fijado por el Gobierno para el salario mínimo mensual, la cual es aplicable a las prestaciones pensionales reconocidas en monto igual a dicho salario.

La aplicación de estos indicadores en la práctica significan, que las pensiones reconocidas con el salario mínimo se incrementan anualmente de oficio en el mismo porcentaje en que este sea fijado por el Gobierno, de tal suerte que nunca sufrirán un

detrimento en su cuantía, situación que no puede predicarse respecto a las pensiones que han sido reconocidas en montos superiores, las cuales anualmente vienen incrementándose en monto inferior al fijado para el salario mínimo, por ser esta la tendencia histórica que mantiene el Índice de Precios al Consumidor.

De lo dispuesto en el precitado artículo14 de la Ley 100 de 1.993, Se observa que lo pretendido por el legislador fue mantener el poder adquisitivo de las pensiones dentro del Sistema General de Pensiones, el cual fue creado por la Ley 100 de 1993,

> *"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..."*(Subrayas fuera de texto).

La anterior situación demarca una aplicación exclusiva de la fórmula de incremento anual con base al I.P.C., para los dos Regímenes creados por dicha norma, tal como se indicó en el artículo 12 de dicha norma:

"ARTÍCULO 12. Regímenes del sistema general de pensiones. *El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:*

a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad."
(Subrayas fuera de texto).

Se circunscribe entonces el campo de aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, a los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, el cual se compone del régimen solidario de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, **no determinándose su extensión a regímenes pensionales diferentes.** Debe hacerse claridad que los Docentes pertenecen al régimen del servidor público contemplado en la Ley 33 de 1985, y fueron pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro el régimen exceptuado aplicable al Magisterio Oficial.

La interpretación literal del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, nos permite establecer con total claridad que su campo de aplicación se limita a las pensiones otorgadas dentro del régimen de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad del Sistema General de Pensiones, dentro de las cuales NO se encuentran las pensiones otorgadas con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El tenor literal de las normas traídas en cita señalan el alcance de los contenidos normativos, sin que existan dudas que nos permitan apartarnos del mismo, al respecto el artículo 27 del Código Civil señala:

> ***"ARTICULO 27. INTERPRETACION GRAMATICAL.*** *Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.*

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento."

Es evidente que el objeto del precitado articulado fue mantener el poder adquisitivo de las mesadas dentro del Sistema General de Pensiones, no siendo en ningún modo aplicable a las pensiones reconocidas dentro de regímenes diferentes, como efectivamente se ha realizado en el caso sub examine con los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desatendiendo el tenor literal de la norma.

No debe pasarse por alto, que el artículo 14 se encuentra dentro del Capítulo I, Libro I de la Ley 100 de 1993, el cual señala el "**OBJETO Y CARACTERISTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES**", como lo han hecho las demandadas al extender su aplicación dentro de un contexto diferente, afectando a un universo de pensionados que no hace parte de dicho sistema.

La aplicación del índice de precios al consumidor como fórmula de incremento pensional, **no representa una conducta ilegal para los pensionados dentro del Sistema General de Pensiones**, situación que no puede predicarse respecto a la extensión de dicha fórmula a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quienes deber regirse por sus normas especiales.
La incorrecta aplicación del artículo 81 de la ley 812 de 2.003, ha causado un detrimento económico a mí representado, ya que se han reducido ilegalmente los beneficios económicos que le generaba su mesada pensional. Con dicha situación se está atentando contra el derecho fundamental a la seguridad Social dela Demandante.

Al respecto es importante ilustrar lo que ha reiterado la Honorable Corte Constitucional, sobre desmejorar injustificadamente los derechos pensionales:

Sentencia T-283/13
(negrillas y resaltos fuera del texto original)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES
Evolución jurisprudencial

Referencia: Expediente T- 3.567.368
Derechos Fundamentales invocados:
Mínimo vital, acceso a la administración de justicia, seguridad social, igualdad y vida digna.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2013)

(...)
EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

2.5.1. Consagración del derecho a la seguridad social

Dentro del ***marco constitucional****, el artículo 48 consagra el derecho fundamental a la seguridad social y, en particular, refiere al derecho a la seguridad social en pensiones. Conforme a tal disposición, la seguridad social es* ***(i)*** *un servicio público de carácter obligatorio, cuya cobertura se debe ampliar progresivamente y se encuentra bajo la dirección, coordinación y control del Estado y,* ***(ii)*** *un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes.*

Mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se reformó el artículo mencionado y se agregó:

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

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, ***por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho****.*
(...)
En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Además, el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral, dentro de los cuales se encuentra la garantía a la seguridad social, prerrogativa que comprende la obligación del Estado de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Asimismo, la norma Superior determina que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Como máximo intérprete de la Constitución, esta Corporación se ha referido a los artículos citados ***y ha concluido que la seguridad social es un derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad****, los cuales dan cuenta de una categoría ius fundamental íntimamente arraigada a la dignidad humana.[62]*

En el ***ámbito internacional****, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[63] consagran el derecho a la seguridad social. Estos instrumentos hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, conforman el ordenamiento interno, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución Política.*

El artículo 22 de la ***Declaración Universal de los Derechos Humanos*** *de 1948 establece: toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad*

social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

También, el artículo 25 de este mismo cuerpo señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, y con éste, a estar asegurado en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. ***Las normas citadas dejan ver que el derecho a la seguridad social se encuentra estrechamente ligado a la dignidad humana y constituye un elemento del derecho de las personas a tener un nivel de vida adecuado.***

VIII. PRUEBAS

A-). DOCUMENTALES QUE APORTO:

1. Copia de la Cedula de Ciudadanía de mi poderdante.
2. Original de la petición radicada el día 17 de Mayo de 2.017.
3. Copia simple de la Resolución Nº 2001 de 15 de Marzo de 2010, mediante la cual la accionada reconoció la pensión de jubilación a mi mandante.
4. Copia simple de un recibo de pago de la mesada pensional de mi representado, en donde se puede evidenciar el descuento del 12% que le están aplicando como aporte al sistema de salud.
5. Copia del oficio número EE 2816 de 25 de Mayo de 2017 expedido por LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE MUNICIPIO DE POPAYAN.
6. Copia del oficio número 20170161016191 de 23 de Agosto de 2017 expedido por LA FIDUPREVISORA.

B -). JURISPRUDENCIALES:

En atención a lo establecido en el Artículo 102 de la Ley 1437 de 2.011, amablemente solicito al señor Juez tener en cuenta los Precedentes Judiciales que fueron invocados en el acápite de violación de la norma, los cuales de manera fehaciente ratifican los fundamentos jurídicos aquí expresados y subsecuentemente la legalidad de las pretensiones solicitadas.

C-). DE OFICIO:

Amablemente solicito al Honorable Juez decretar las siguientes:

1. **AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO ANTE LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE POPAYAN**, para que allegue a su despacho copia de todo el expediente administrativo de mí representado, petición que de conformidad con lo dispuesto en el **Artículo 175 parágrafo 1 de la ley 1437 de 2.011,** es obligación de la demandada hacerlo al momento de dar contestación a la presente demanda.

2. Se oficie a LA FIDUPREVISORA, (Entidad encargada del pago de las prestaciones del Magisterio) para que allegue a su despacho certificación histórica de todos los pagos de pensión efectuados a mi representado, en donde se especifiquen el monto de las deducciones efectuadas para el sistema de salud y se indique cual es el porcentaje que ha aplicado como fórmula de incremento anual a la mesada pensional de mi representado.

3. Las que el Señor Juez considere pertinentes.

IX. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

La entidad accionada debe reintegrar al Señor **EDGAR GREGORIO MENESES MONCADA**, los dineros superiores al 5%, que bajo el rotulo de aportes a salud le han sido descontados de las mesadas pensionales y adicionales de Junio y Diciembre; y los que le sean descontados hasta el momento en que se profiera la sentencia y se le dé el cabal cumplimiento.

CUADRO COMPARATIVO DE LA DIFERENCIA DE APORTES A SALUD

Descuentos aplicados a la mesada pensional para salud con base a la **Ley 100 de 1.993**			Descuentos aplicados a la mesada pensional para salud con base a la **Ley 91 de 1.989**		
Año	**Valor mesada pensional**	**Porcentaje aplicado para Salud**	**Valor descontado**	**Valor aporte salud por el 5%**	**Diferencia mensual**
2.009	$ 2.715.362	12,50%	339.420	$135.768	$203.652,15
2.010	$ 2.769.669	12,50%	346.209	$138.483	$207.725,19
2.011	$ 2.857.468	12,50%	357.183	$142.873	$214.310,08
2.012	$ 2.953.764	12,50%	369.221	$147.688	$221.532,33
2.013	$ 3.025.836	12,50%	378.230	$151.292	$226.937,72
2.014	$ 3.084.537	12,50%	385.567	$154.227	$231.340,31
2.015	$ 3.197.432	12,50%	399.679	$159.872	$239.807,37
2.016	$ 3.413.898	12,50%	426.737	$170.695	$256.042,33
2.017	$ 3.610.197	12,50%	451.275	$180.510	$270.764,76
2.018	$ 3.757.854	12,50%	469.732	$187.893	$281.839,04

La Diferencia existente en el aporte de salud, en los tres últimos años previos a la presentación de la demanda es la siguiente:

AÑO	DIFERENCIA EN LA MESADA PENSIONAL	NUMERO DE MESADAS	TOTAL
2.015	$ 239.807	9	$ 2.158.266
2.016	$ 256.042	14	$ 3.584.593
2.017	$ 270.765	14	$ 3.790.707
2.018	$ 281.839	5	$ 1.409.195
TOTAL			**$ 10.942.761**

De la misma manera deberá establecer la diferencia que existe entre la mesada pensional que ha venido pagando y la que resulte después de aplicar los incrementos anuales NO con base en el I.P.C., sino con base a la misma proporción en que se ha incrementado el salario mínimo cada año; procediendo a pagar las diferencias establecidas, tal como me permito señalarlo:

VALOR PAGADO CON BASE AL I.P.C.			VALOR A RECONOCER CON BASE A LA PROPORCIÓN DEL INCREMENTO DEL SALARIO MINIMO			
AÑO	I.P.C. a APLICAR	VALOR MESADA PENSIONAL	AÑO	AUMENTO ANUAL	VALOR MESADA PENSIONAL	DIFERENCIA
2.009	7,67%	$ 2.715.362	2.009	7,67%	$ 2.715.362	$ -
2.010	2,00%	$ 2.769.669	2.010	3,64%	$ 2.814.201	$ 44.532
2.011	3,17%	$ 2.857.468	2.011	4,00%	$ 2.926.769	$ 69.301
2.012	3,73%	$ 2.964.051	2.012	5,81%	$ 3.096.815	$ 132.763
2.013	2,44%	$ 3.036.374	2.013	4,02%	$ 3.221.306	$ 184.932
2.014	1,94%	$ 3.095.280	2.014	4,50%	$ 3.366.265	$ 270.985
2.015	3,66%	$ 3.208.567	2.015	4,60%	$ 3.521.113	$ 312.546
2.016	6,77%	$ 3.425.787	2.016	7,00%	$ 3.767.591	$ 341.804
2.017	5,75%	$ 3.622.770	2.017	7,00%	$ 4.031.323	$ 408.553
2.018	4,09%	$ 3.770.941	2.018	5,90%	$ 4.269.171	$ 498.230

La diferencia existente entre la mesada pensional que ha sido reconocida y pagada anualmente a mí representado y la que legalmente le correspondía es la siguiente:

AÑO	DIFERENCIA EN LA MESADA PENSIONAL	NUMERO DE MESADAS	TOTAL
2015	$ 312.546	9	$ 2.812.918
2016	$ 341.804	14	$ 4.785.261
2017	$ 408.553	14	$ 5.719.742
2018	$ 498.230	5	$ 2.491.149
DIFERENCIA TOTAL			**$ 15.809.069**

CUANTIA TOTAL:

CUANTÍA TOTAL	
Valor el 7% cobrado de más en salud (tres últimos años)	$ 10.942.761
Valor diferencia pensional entre I.PC. Y el porcentaje del salario mínimo (tres últimos años)	$ 15.809.069
TOTAL	**$ 26.751.830**

El monto de las pretensiones de la demanda por los tres Últimos años tienen una cuantía por un valor de **VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA PESOS MCTE ($26.751.830).**

X. COMPETENCIA

El Señor Juez Administrativo del Circuito de **POPAYAN** es Competente para conocer de la presente demanda en virtud a los siguientes factores:

a-) Por factor territorial. El Señor **EDGAR GREGORIO MENESES MONCADA**, se ha desempeñado como Docente y su último cargo laboral fue por designación de **MUNICIPIO DE POPAYAN,** por lo tanto, y en razón a que se trata de una demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral y conforme a lo dispuesto en el Art 156, numeral 3 de la Ley 1437 de 2.011, y el acuerdo Nº PSAA06-3806 DE 2.006, es el circuito de **POPAYAN** el competente para conocer de esta Acción Judicial.

b-) **Por determinación de Competencia:** El Articulo 155, numeral 3 de la Ley 1437 de 2011 señala que Los Jueces Administrativos deben **conocer en primera instancia** de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

c-) Por razón de Cuantía. Según lo establecido en el Artículo 157 de la Ley 1437 del 2.011, la cuantía se establece por el valor de las pretensiones de la demanda; **sin que se exceda de los últimos tres años** anteriores a la fecha de presentación de la demanda, con un valor calculado en **VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA PESOS MCTE ($26.751.830).**

XI. ANEXOS

- Poder conferido por el Demandante.
- Los documentos relacionados en el acápite de pruebas.
- Copia de la demanda y sus anexos para los respectivos traslados de Ley
- Medio magnético con el contenido de la presente demanda (C.D.).
- Copia del contrato de servicios profesionales de Abogado

XII. NOTIFICACIONES

- A la Entidad demanda en la Calle 43 N° 57-14 CAN en Bogotá, teléfono 2222800, correo electrónico notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co.

- El Demandante las recibirá en la Calle 71 AN No. 7B-27 Bloque "F" Popayan, teléfono 3206900776 - 8247387, o por intermedio del suscrito apoderado judicial en su domicilio profesional.

- Al suscrito apoderado las recibirá personalmente en la Secretaría de esa Honorable Corporación, o en mi oficina de Abogado ubicada en la Avenida 2 Norte N° 7 N - 55 Oficina 413 Edificio Centenario II de la ciudad de Cali – Valle del Cauca. **Teléfonos:** 881 3530 – 881 35 32; y/o de conformidad con lo preceptuado en los Artículos **54, 56, 201, 203 y 205 de la Ley 1437 de 2.011,** se me puede Notificar por medio electrónico al siguiente correo: abogadooscartorres@gmail.com

Del señor Juez,

OSCAR GERARDO TORRES TRUJILLO
C.C. N° 79.629.201 de Bogotá.
T.P. N° 219.065 del C.S.J.