



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Tel: 8243113.
Email: j06admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, Nueve (9) junio de 2021

SENTENCIA No. 88

Expediente:	19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor:	ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado:	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

Procede el Despacho conforme al Ley 2080 de 2021 a dictar sentencia anticipada de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por la señora ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL, identificada con cédula de ciudadanía No. 34.508.009 de Puerto Tejada, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, elevando las siguientes pretensiones:

1. Se declare configurado el silencio administrativo negativo respecto de la petición presentada el día 18 de junio de 2018, mediante la cual la actora solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Cauca - Secretaria de Educación, que su mesada pensional sea pagada y reajustada anualmente con base a los ordenamientos consignados en el numeral 5º del artículo 8º de la ley 91 de 1989 y en el artículo 1º 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 vigente y con base al porcentaje del IPC reportado por el DANE.
2. Se declare nulo el acto administrativo ficto o presunto que ha surgido como consecuencia del silencio administrativo negativo, respecto de las

¹ Folios 1-46 Expediente electrónico- documento No. 2

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

peticiones formuladas por la actora mediante memorial radicado ante la accionada el día 18 de junio de 2018.

3. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ratifique que la demandante pertenece al régimen exceptuado consagrado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que se encuentra cobijada por el régimen especial determinado por la Ley 812 de 2003, para los docentes que se vincularon a la educación oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y que su pensión ordinaria de jubilación debe ser pagada y reajustada anualmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Subsecuentemente con las anteriores declaraciones, solicita se condene a la demandada a:

- Efectuar los descuentos para efectos de aportes al sistema de salud que son aplicados a la mesada pensional de la demandante, en la cuantía establecida en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es decir, el 5% de cada mesada incluyendo las adicionales, ordenándosele cesar el descuento en cuantía del 12%, como actualmente lo está realizando.
- Reajuste anualmente la mesada pensional de la actora, con base en lo establecido en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, es decir, 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.
- Reintegre a la actora las sumas de dinero superiores al 5%, que a título de aportes al sistema de salud le fueron descontadas de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre, respecto de la pensión de jubilación que la demandada reconoció a la actora y a no continuar descontando valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas futuras.
- Pagar a la actora los valores resultantes de las diferencias existentes entre la mesada pensional que actualmente recibe 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 SMLMV.
- Las sumas reconocidas sean indexadas y se paguen los intereses corrientes y moratorios, conforme a los artículos 187, 189, 192 y 195 del CPACA.

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4. Las sumas adeudas sean ajustadas conforme a la formula establecido para ello por el Consejo de Estado.
5. Se condene al pago de intereses en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del CPACA.
6. Se condene al pago de costas y se dé cumplimiento a la sentencia conforme al CPACA.

Pretensión subsidiaria:

En el evento de considerar que la demandada resolvió de fondo la petición, haciendo tránsito a un acto administrativo, solicita se declare la nulidad total del acto administrativo y se profieran las condenas solicitadas en la demanda.

-Se reintegre los dineros que bajo el rótulo de E.P.S le han descontado en las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalentes al 12% del valor de la mesada pensional devengada, ordenando que el retroactivo que se obtenga se pague de manera indexada.

-Ordenar a la Fiduprevisora, a no continuar realizando descuentos en las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud, indicando que dicho aporte debe ser solamente aplicado a la mesada pensional.

-Se condene al pago de costas, agencias en derecho, intereses, indexación y demás emolumentos correspondientes.

1.1. Hechos que sirven de fundamento.

La parte actora expuso en síntesis los siguientes hechos:

El demandante se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos para pensionarse, razón por la cual la accionada, mediante Resolución No. 913 de 16 de abril de 2010, le reconoció una pensión ordinaria de jubilación con una mesada pensional de \$1.902.155, valor correspondiente para el año 2009.

El Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, por intermedio de la FIDUPREVISORA S.A., le está descontando a la actora 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.

En el acto administrativo que reconoció la pensión, se determinó que la beneficiaria tiene derecho a que se le reajuste su pensión en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, sin embargo, arbitrariamente la mesada pensional que le fue otorgada, ha sido incrementada anualmente con base en lo dispuesto

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje correspondiente al IPC certificado por el DANE.

El 18 de junio de 2018 la actora presentó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Departamento del Cauca, petición a través de la cual solicitó la aplicación del numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, y en síntesis las peticiones antes descritas.

Mediante oficio No. 4.8.24-2018 -2393 de 06 de junio de 2018, expedido por el Departamento del Cauca, la parte demandada da traslado de la petición a la Fiduprevisora, quien manifestó que no tienen injerencia alguna en los pagos y descuentos que se aplican a la actora y que, por tanto, se debía presentar nueva solicitud ante la Fiduprevisora S.A.

Indicó que, hasta la presentación de la demanda, la accionada no resolvió de fondo la petición señalada en la misma, omitiendo la expedición del debido acto administrativo complejo, tal como lo ordena la normatividad aplicable. Configurándose silencio administrativo negativo frente a la petición.

Contra dicho acto, no se interpuso ningún recurso, teniendo en cuenta que el silencio negativo, en relación con la primera petición agota la vía gubernativa.

Normas violadas y concepto de violación.

Señaló como normas violadas:

- Constitución Política: los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209.
- Ley 1437 de 2011: artículo 137.
- Ley 71 de 1988: artículo 1.
- Ley 33 de 1985.
- Ley 91 de 1989: artículo 15 numeral 2 literal A.
- Ley 115 de 1994: artículo 115.
- Ley 100 de 1993: artículo 279.
- Decreto 196 de 1995: artículo 12.
- Ley 700 de 2001: artículo 4.
- Ley 797 de 2003: artículo 9 del parágrafo 1.
- Ley 812 de 2003: artículo 81.
- Ley 1151 de 2007: artículo 160.
- Acto legislativo 01 de 2005: párrafos transitorios 1 y 2.

Como concepto de violación, expuso:

El acto presunto negativo configurado por el silencio administrativo que la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Magisterio, muestra frente a la petición elevada el día 18 de junio de 2018, ha incurrido en las causales de nulidad contempladas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011; 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 2007, dándose desconocimiento flagrantemente de 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.

De igual manera, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, dio una incorrecta aplicación del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, la cual a la postre resultó ser favorable para sus arcas; vulnerando los derechos adquiridos de los docentes que se vincularon hasta el 26 de junio de 2003, los cuales fueron protegidos por el mismo artículo 81 de la Ley; creándose una situación fáctica desfavorable para los pensionados y evidente vulneración de los ordenamientos del artículo mencionado.

2.- Contestación de la demanda.

-De la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Nación- Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio, pese a que fue notificada en debida forma, no ejerció su derecho de defensa y contradicción que le asistía.

-Del Departamento del Cauca-Secretaría de Educación²

La apoderada del Departamento del Cauca, contestó la demanda, y propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Mediante auto interlocutorio No. 396 de 12 de mayo de 2021³, se declaró probada la mencionada excepción, por lo que se declaró terminado el proceso frente al Departamento del Cauca.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda fue presentada el 16 de octubre de 2019⁴, ante la oficina judicial de reparto, correspondiéndole a esta judicatura, siendo admitida mediante auto interlocutorio No. 2141 de 3 de diciembre de 2019⁵. La notificación de la demanda a las accionadas se surtió el día 29 de enero de 2020⁶. Se cumplió con

² Folio 1-14 Expediente electrónico- Documento No. 10.

³ Folio 1-5 Expediente electrónico- Documento No. 14

⁴ Folio 1 Expediente electrónico- Documento No. 1

⁵ Folio 1-9 Expediente electrónico- Documento No. 7.

⁶ Folio 1-2 Expediente electrónico- Documento No. 9.

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: mediante auto interlocutorio No. 396 de 12 de mayo de 2021⁷, se resolvieron las excepciones previas propuestas, declarándose la falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Departamento del Cauca.

Bajo este entendido, se tiene que, en el presente asunto no había pruebas por practicar, motivo por el cual se dispuso correr traslado a las partes, para que presentaran sus alegatos de conclusión si así lo consideraban, y al agente del Ministerio Público para que presentara concepto, a fin de dictar sentencia anticipada.

4. Alegatos de conclusión.

4.1. De la parte actora⁸.

La apoderada de la parte actora, manifestó que la norma aplicable establece que los docentes que se vincularon hasta el 26 de junio de 2003 se regirán por las normas anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la misma. Remitiéndose de acuerdo al tema que nos ocupa al numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, norma que contiene el monto del aporte que deben efectuar los docentes que se vincularon con anterioridad a la fecha fijada por la norma en comento.

Señala que existe diferencia entre aportar y cotizar, puesto que mientras el aporte es sufragado 100% por el pensionado, la cotización es un pago compartido entre empleador y trabajador.

Alega que los pensionados no cotizan, sino que aportan y que, cuando el trabajador adquiere la condición de pensionado, pierde la calidad de afiliado, puesto que es el reconocimiento pensional que exige la obligación de cotizar y nace la obligación de portar.

El contenido del artículo 81 de la ley 812 de 2003, no se puede conceptuar y que en dicha Ley haya un aumento en el porcentaje del aporte para el sistema solidario de salud para los docentes pensionados, toda vez que el ordenamiento de dicha norma fue crear un incremento en la tasa de cotización, es decir, que su campo de aplicación es exclusivamente sobre el salario del docente que se vinculó con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de dicha norma, o para el caso de los docentes que a pesar de estar pensionados continúan laborando, toda vez que es sobre el salario que devenga el trabajador, que se cotiza y sobre el cual hay distribución de pago entre el trabajador y el empleador, tal como lo ordena la Ley en mención.

Arguye que, observada la implementación de la fórmula de cotización contenida en la Ley 100 de 1993, la misma es aplicable solamente para los nuevos

⁷ Folio 1-5 Expediente electrónico- Documento No. 14

⁸ Folio 1-19 Expediente electrónico- Documento No. 17.

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

docentes que se vincularon con posterioridad al 26 de junio de 2003, a quienes la misma norma direccionó al sistema general de Pensiones –prima media con prestación definida. Régimen que no puede ser aplicado a los docentes que se deben regir por las normas anteriores. Situación definida en la sentencia SU 014-CE 2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado.

El incremento en la tasa de cotización de la ley en comento, se puede aplicar a los docentes pensionados activos laboralmente, puesto que ellos todavía devengan un salario, situación que ya se protocolizó, al descontarle a la actora de su salario el porcentaje que ordena la Ley 100 de 1993, tal como lo dispuso la Ley 812 de 2003, motivo por el cual, los docentes desvinculados de manera definitiva del servicio activo, pueden acudir al Fondo de Pensiones del Magisterio a solicitar reliquidación de su mesada pensional, debido a que con las cotizaciones realizadas pueden mejorar la mesada que venían devengando.

Señala que con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, los empleadores, en este caso los entes territoriales certificados y descentralizados, se vieron afectados con el incremento en la tasa de cotización respecto de sus trabajadores docentes, puesto que en su titularidad de empleadores tienen la obligación de sufragar el 8,5%, de la correspondiente cotización, como lo exige la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003. Siendo un hecho irrefutable que la aplicación del porcentaje contenido en la Ley 100 de 1993 (12%), es solo para los nuevos afiliados.

Indicó que el aporte que realiza la actora de su pensión de jubilación para el sistema solidario de salud es sufragado 100%. No se puede predicar que a los docentes pensionados se les incrementó el monto del aporte por mandato del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, la cual tiene un campo de acción solamente a docentes que se vincularon con posterioridad a su entrada en vigencia, cuyos empleadores el Gobierno nacional les está compensando el incremento.

Lo dispuesto por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, no fue grabar a todos los docentes pensionados, con un descuento para efectos de aportes al sistema de salud, en una tasa equivalente al 12% de su mesada pensional; contrariamente dicha ley determinó una protección para los docentes que quedaron excluidos de la aplicación del Régimen General de Pensiones, ordenando la aplicación integral de las normas especiales vigentes con anterioridad al 27 de junio de 2003.

Suerte distinta ocurre con los docentes que se han vinculado a la educación oficial a partir del 27 de junio de 2003, quienes ya no pertenecen al Régimen exceptuado, y quienes por designación de la ley aquí citada ya pertenecen al régimen de prima media –régimen general de pensiones; puesto que, para estos, se ordenó equiparar la tasa de cotización, en armonía con la distribución de

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

aportes consagrada en la Ley 100, de 1993; es decir, 4% trabajador y 8,5% empleador.

El contenido del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, tiene una interpretación literal y gramatical que no da lugar a las imprecisiones, puesto que de manera fehaciente creo una protección de los derechos prestacionales de los docentes que se vincularon con anterioridad a la fecha en que entró a regir.

Refiere que el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia proferida por la sala de Consulta y servicio Civil, se pronunció respecto de la consulta efectuada por la Viceministra de Educación Nacional, sobre el porcentaje que deben aportar los docentes para el sistema de salud, en atención a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y el acto Legislativo 01 de 2005, determinando de manera específica que los docentes que se vincularon con anterioridad al 27 de junio de 2003, deben aportar de todas sus mesadas, incluidas las adicionales, el 5%.

Los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en principio se encuentran exceptuados del Régimen General de Seguridad Social en Pensión creado con la Ley 100 de 1993. Y que, por medio del Decreto 692 de 1994 se dispuso la integración al Sistema General de Pensiones de diferentes grupos pensionales, lo cual se hizo 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.

De las normas en cita, ratifican expresamente la exclusión del incremento pensional conforme al IPC de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El artículo 1 de la Ley 238 de 1995 condicionó la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados del artículo 279, a la existencia de un beneficio o favorabilidad laboral.

Señala que la favorabilidad contenida en la Ley 71 de 1988, fue garantizada frente a las disposiciones del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, al establecer la aplicación del Índice de Precios al Consumidor como fórmula de incremento pensional, sí y solo sí esta representaba un beneficio, condicionamiento establecido por medio de la Ley 238 de 1995.

Para finalizar, solicita que se establezca que la actora está cobijada por el régimen exceptuado en la Ley 91 de 1989 y, que su mesada pensional se debe regir de conformidad con los postulados de las Leyes 91 de 1989, 71 de 1988 y sus conexas.

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4.2. De la parte demandada-FOMAG⁹.

La apoderada de la accionada, indicó que se encuentra probado en el proceso que mediante la resolución No. 913 del 16 de abril de 2010, la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca le reconoció pensión de jubilación a la señora ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL, ordenando las deducciones consagradas en las leyes 91 de 1989, 812 de 2003 y 1122 de 2007, así como en la misma resolución se ordenó el reajuste anual de la pensión conforme las leyes 71 de 1988 y 100 de 1993.

Aduce que la Ley 91 de 1989, en su artículo tercero creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a su vez, en el artículo 8 del numeral 5 precisó que los educadores debían aportar el 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales. Posteriormente, la Ley 812 de 2003, en su artículo 81 previó que el régimen de cotización de los docentes que se encuentran afiliados al fondo nacional de Prestaciones Sociales del magisterio sería el contenido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Señaló que, si bien es cierto que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 determinó el régimen prestacional de los docentes oficiales de acuerdo con la fecha de ingreso a la docencia, la misma no realizó diferenciación relacionada con el monto de cotización a salud, *"únicamente indicó que a los educadores afiliados al FNPSM les correspondería el valor de cotización señalada en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, disposición que fue invocada en el Acto Legislativo 001 de 2005, de rango constitucional"*.

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

Refiere que la Ley 812 de 2003 únicamente alteró, respecto del personal docente, lo correspondiente al porcentaje destinado a aportes de salud, más no modificó su régimen pensional.

Indicó que cuando se trata de mesadas ordinarias y mesadas adicionales no están en presencia de un doble descuento, pues, pese a que las mismas son concurrentes no se desprende de ellas una uniformidad, por el contrario, tal situación se sustenta en el principio de solidaridad y de esta forma aumentar la cobertura en la prestación de servicios a los demás afiliados.

Respecto a la pretensión dirigida a la reliquidación de la pensión teniendo como base el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, precisó que, tal reajuste se efectúa conforme al IPC tal como lo señala el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

⁹ Folio 1-38 Expediente electrónico- Documento No. 16.

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Finalmente indica que la mesada pensional de la actora supera el salario mínimo legal mensual vigente, motivo por el cual su aumento se deberá realizar conforme a la variación del IPC. Solicitó al Despacho, absolver a la entidad de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra.

5. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales.

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia.

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho frente a actos que reconocen o niegan prestaciones periódicas, como en el caso bajo estudio, no están sujetos a la regla de caducidad, y en consecuencia podrán ser demandados en cualquier tiempo, tal como lo señala el numeral 1º literal c) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el último lugar en donde prestó sus servicios el demandante, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia, conforme lo prevé el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

2. El problema jurídico.

Le corresponde al Juzgado determinar ¿Si al aplicarse a la actora el porcentaje del 12% de descuento en salud, se le está desconociendo el régimen especial al que dice pertenecer, y si, en consecuencia, debe ordenarse que dicho descuento se realice en cuantía del 5% ordenándose la devolución del exceso cobrado?, ¿Y si la pensión de la actora se debe incrementar anualmente conforme al IPC o al incremento del SMLMV?

3.- Tesis del Despacho.

Acorde a la normatividad y jurisprudencia aplicable al presente asunto, el Despacho concluye que el aporte a salud que deben hacer los docentes pensionados y afiliados al FOMAG es igual al 12%, y de conformidad con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, el aporte del sistema en salud, se realiza sobre cada mesada pensional, es decir, opera igualmente sobre las adicionales de junio y diciembre, pues no existe norma que proscriba el citado descuento.

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En lo que respecta al incremento anual de la pensión en base a lo establecido para el SMLMV, el Despacho evidencia que ello no es así, toda vez que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, perdió vigor con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 disponiéndose claramente que el reajuste de las pensiones, incluso las de los docentes oficiales debía efectuarse con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior, como lo dispuso el artículo 14, sin que se estableciera por parte del legislador la posibilidad de escoger uno u otro aumento (SMLMV o IPC); máxime cuando en el asunto que hoy nos ocupa, la demandante adquirió el status pensional el 25 de septiembre de 2006, es decir no adquirió su status pensional en vigencia de la Ley 71 de 1988, no siendo posible, aplicar la favorabilidad a fin de aceptar como interpretación correcta la que propicie el trabajador.

Además, se observa que en el sub lite, que la pensión de la actora, es superior a un salario mínimo legal mensual vigente, según la resolución de reconocimiento.

Bajo este entendido, se despacharán desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

4. Resolución del caso en concreto conforme al marco normativo y jurisprudencial aplicable.

Señaló la demandante que la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, viene aplicando descuento al Sistema de Salud equivalente al 12%, sobre las mesadas pensionales, situación que considera errónea, en vista de la calidad de pensionada, de la docente que se encuentra cobijada por las disposiciones del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, de tal modo que, al tratarse de docente vinculado antes del 26 de junio de 2003 tiene derecho a que su descuento se efectúe según parámetros del numeral 5 artículo 8 de la Ley 91 de 1989, disposición normativa que consagra un descuento del 5% con destino a los servicios de salud del docente pensionado.

Finalmente se depreca la aplicación del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 en relación con ajuste anual de las mesadas pensionales, en virtud del cual el incremento debe ser igual al del salario mínimo legal mensual vigente y no de conformidad con el IPC, reportado por el DANE.

Expuesto lo anterior y con el fin de resolver el presente asunto, se tiene la siguiente normatividad:

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4.1. -Sobre la aplicación del porcentaje del descuento para aportes a seguridad social en salud en cuantía del 5% de conformidad con lo establecido en el artículo 8° de la Ley 91 de 1989 aplicado a las 12 mesadas.

El artículo 8 de la Ley 91 de 1989 dispone que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido, entre otros por los siguientes recursos:

"(...)

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados... "

Posteriormente, el inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en esa presente Ley, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Por su parte, el párrafo del artículo 1° del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993, dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre las mesadas adicionales de que tratan los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993.

Este artículo fue declarado nulo parcialmente por el H. Consejo de Estado, en la Sentencia de fecha 3 de febrero de 2005 y se dispone solo respecto a la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, es decir, se abrió la posibilidad de efectuar tales descuentos sobre la mesada de junio, a todos los docentes pensionados, así:

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

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

La Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social y se dictan otras disposiciones, en el artículo 50, dispone:

"ARTICULO 50. Mesada adicional. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión."

Por su parte, la Ley 4 de 1976 prescribió que, a los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y similares, no se les podía descontar de la mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% a que se refiere el artículo 90 del Decreto 1848 de

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1969, es decir el aporte en salud.

No obstante, lo anterior debe analizarse con detenimiento respecto a la situación de dichos docentes, como quiera que ellos pertenecen a un régimen especial exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993.

Se corrobora que la actora ostenta la calidad de pensionado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por tanto están excluidos de la aplicación del Régimen General de Seguridad Social Integral según lo establece el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido, el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el parágrafo transitorio 1 del acto legislativo 001 de 2005, señalan:

"Parágrafo transitorio 1°. 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".

En los términos de la disposición anterior, se observa que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, es la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que dispuso como aporte de los pensionados el 5%.

El artículo 8 de la Ley 91 de 1989 fue modificado por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en lo concerniente a la tasa de cotización, dejando vigente el resto de su contenido, así:

"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.

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

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones"

Por su parte, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso que "El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y lo preceptuado en el artículo 81 de esta".

Se resalta que el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue declarado **exequible** por la Corte Constitucional en sentencia C 369 de 2004, bajo las siguientes consideraciones:

*"... es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados ni servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran **pensionado con anterioridad a la Ley del plan**. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el **régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo**, que es el acusado, y que señala que la cotización de **todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sin que la norma establezca ninguna excepción - 'corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores'. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003."¹⁰*

El Despacho no pasa por alto la divergencia de criterios que existen en torno a los aportes de salud respecto a la mesadas adicionales que deben realizar los afiliados al FOMAG, por su parte, en sentencia de 11 de marzo de 2010 de la Sala de Consulta y Servicio Civil en la cual se concluyó que los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 se deben registrar conforme a los requisitos y ordenamientos dispuestos en la Ley 91 de 1988 y los vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2013 se registrarán por las disposiciones consagradas en dicha Ley y sus concordantes. En efecto se tiene que, en la mentada sentencia, se señaló:

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

¹⁰ Sentencia C-369/04

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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.¹¹

Para la resolución del asunto, se advierte que la providencia en cita no constituye sentencia de unificación sobre el caso planteado y revisado el desarrollo jurisprudencial del tema concerniente a la aplicación de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 para la determinación del porcentaje y mesadas pensionales sobre los cuales se aplica el descuento para Salud a los afiliados al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en providencias más recientes a la señalada anteriormente, ha evidenciado una posición divergente.

Así, en sentencia del 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado No. 2015-02164-00, Consejero Ponente Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas¹², se señaló:

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

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

También es cierto que el principio de inescindibilidad impide que los docentes beneficiarios de régimen especial pretendan beneficiarse de normas previstas para el régimen general, como aquella que prohíbe los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (Decreto 1073 de 2002).

Lo anterior es suficiente para desestimar los argumentos esgrimidos por la parte actora. En consecuencia, la Sala denegará las pretensiones de la demanda de tutela (...)"¹³.

Resulta claro, entonces que la autoridad judicial accionada señaló las razones por las cuáles no procedía el reintegro de los descuentos realizados a las mesadas adicionales, razón por la que se indicó que desde la vigencia de la Ley 91 de 1989, los docentes debían cotizar tan solo el 5% de cada una de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales, situación que varió con la Ley 812 de 2003 pero únicamente en el porcentaje, pues en lo que respecta a los descuentos en salud de las mesadas adicionales se mantienen vigentes.

Razonadamente advirtió que los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de la demandante están autorizados por la ley y atienden el principio de solidaridad en el sistema de

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero Ponente (E.): WILLIAM ZAMBRANO CETINA Providencia de 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

¹² Sentencia reiterada en providencia de CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, Providencia de diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01449-01(AC) Actor: BLANCA VIRGINIA FERNÁNDEZ DE PÉREZ Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

¹³ M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

salud, debido a que son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destina para su beneficio.¹⁴

Por otra parte, resulta pertinente traer a cita la sentencia C-126 de 2000, mencionada igualmente en la sentencia C-369 de 2004, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, referente a la "cotización para salud", al considerar que tal disposición no vulnera el derecho a la igualdad de los docentes en cuanto no creó en favor de estos un mecanismo compensatorio de los aportes en salud, idéntico al establecido por la Ley 100 de 1993 para el sistema general de seguridad social:

"los intervinientes aciertan en señalar que la Corte ya había definido que la ley podía ordenar a los pensionados a asumir integralmente la cotización en salud. En efecto, la sentencia C - 126 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, declaró exequible el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que precisamente establece esa obligación en cabeza de los pensionados. La Corte consideró que, en desarrollo del principio de solidaridad (CP art. 1°), y con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, bien podría la ley ordenar que los pensionados asumieran esa cotización, teniendo en cuenta la reducción del número de trabajadores activos por pensionado, y que en el momento en que la persona reúne los requisitos para acceder a la pensión, entonces cesa su obligación de cotizar por tal concepto, y por ello, "y sin que existan equivalencias matemáticas, la disminución del ingreso del jubilado, por cuanto debe asumir integralmente su cotización en salud, es en parte compensada por el hecho de que cesa la obligación de aportar para pensiones".

En esas circunstancias, no es inconstitucional que la norma acusada hubiese ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización en salud. El interrogante que subsiste es si la norma acusada debió o no prever una regulación de transición igual a la establecida por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 que en el régimen general reajustó las pensiones en un valor equivalente al incremento de la cotización en salud.

De acuerdo con el recuento normativo y jurisprudencial, esta Juzgadora concluye que de conformidad con el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, el aporte del sistema en salud, se realiza sobre cada mesada pensional, es decir, opera igualmente sobre las adicionales de junio y diciembre, pues no existe norma que proscriba el citado descuento.

Si bien es cierto la Ley 91 de 1989 dispuso que todos los docentes vinculados hasta el 26 de junio de 2003, se rigen por su contenido normativo, fuerza concluir que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de la cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, posteriormente, con las modificaciones introducidas por el artículo 10 de la Ley 1122 del 9 de

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, Providencia de diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01449-01(AC) Actor: BLANCA VIRGINIA FERNÁNDEZ DE PÉREZ Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

enero de 2007, se estableció que la cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12.5% del ingreso o salario base de cotización, sin que pueda ser inferior al salario mínimo, y finalmente, por virtud del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, es del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, regulación primigenia contenida en la ley 812 de 2003 que fue examinada por la Corte Constitucional al pronunciarse sobre su artículo 81, normativa que encontró exequible al considerar que todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sin excepción alguna a partir de su vigencia deberán de aportar para salud y pensiones en la forma como lo establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

4.2.- Frente al incremento de la mesada pensional conforme al aumento anual del salario mínimo legal mensual vigente.

La Ley 71 de 1988, en su artículo 1, estableció el reajuste de las pensiones en forma oficiosa en el mismo porcentaje en que sea incrementado el salario mínimo legal mensual de la siguiente manera:

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

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

Con posterioridad, la Ley 6 de 1992, fijó un reajuste exclusivo para las pensiones del sector público nacional, con el siguiente tenor literal:

"Artículo 116. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o de enero de 1989.

Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente y no producirán efecto retroactivo."

La norma en cita fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia No. C-531 del 20 de noviembre de 1995, por violación del principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política, sin embargo, dispuso que la inexecutableidad no es obstáculo para que se realice el reajuste pensional ordenado, dada la consolidación del derecho y la actuación oficiosa que debía desplegar la administración en su reconocimiento y pago.

La Ley 6 de 1992 fue reglamentada mediante el Decreto 2108 de 1992, estableciendo el porcentaje de los ajustes que se realizarían a las pensiones del sector público nacional reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1989 durante los años 1993 a 1995.

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con posterioridad, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral al que están sometidos todos los habitantes del Territorio Nacional en los términos del artículo 11, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, de la siguiente manera:

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

La normativa en cita evidencia que las personas pensionadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones fueron incluidas dentro del campo de aplicación de la norma, advirtiendo que conservarían todos los derechos y garantías adquiridos conforme a normas anteriores.

El artículo 40 del Decreto 692 de 1994, que reglamentó la Ley 100 de 1993, se refirió a la inclusión de los pensionados al Sistema General de Pensiones, en los siguientes términos:

"INCORPORACIÓN DE LOS PENSIONADOS. A partir del 1o. 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 1o. de abril de 1994. No se entienden incorporados los pensionados de los regímenes excluidos en la Ley 100 de 1993."

La demandante tiene derecho a que su pensión se determine por el régimen exceptuado, sin embargo, en los demás aspectos, incluso quienes tienen la calidad de pensionados con anterioridad a la vigencia del Sistema, están sometidos a la normativa vigente respecto de incremento anual de la mesada y por ello, el reajuste anual de la mesada debe atender las fórmulas dispuestas en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor literal es el siguiente:

"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."

La Corte Constitucional, al realizar el estudio de constitucionalidad de la norma transcrita, la declaró exequible argumentando que la diferenciación en el reajuste de las pensiones es razonada si se tiene en cuenta que los pensionados que devengan un salario mínimo se encuentran en situación de debilidad

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

manifiesta frente a los demás por razones económicas y, por ello, se hace necesario que el reajuste sea igual al porcentaje en que aumenta el salario mínimo para que no pierda poder adquisitivo. Agregó, además, lo siguiente:

"b.- La norma acusada. Cargo Principal: el tratamiento discriminatorio.

El artículo 14 de la ley 100 de 1993, al cual pertenece el aparte demandado, consagra como regla general, el reajuste anual automático de las pensiones de invalidez, vejez o jubilación, y de sustitución o sobrevivientes, en los dos sistemas establecidos en el régimen general de pensiones (régimen solidario de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad), el cual deberá realizarse el primero de enero de cada año. De la misma manera, se establecen dos factores para efectos de determinar el valor del incremento correspondiente, a saber: el índice de precios al consumidor y el aumento del salario mínimo, cuya utilización depende del monto mensual de la pensión, así:

1. Si el valor de la pensión es mayor que el salario mínimo mensual vigente, el reajuste se hará de acuerdo a la variación porcentual del índice de precios al consumidor que certifique el DANE, para el año inmediatamente anterior.

2. Si el valor de la pensión es igual al salario mínimo mensual vigente, el reajuste se hará en el mismo porcentaje en que se incremente éste.

El contenido del numeral 2o. es el cuestionado por el actor, pues lo considera discriminatorio. Ciertamente el artículo citado consagra un trato diferencial, mas no discriminatorio, en materia de reajuste de pensiones, pues quienes reciben pensión superior al salario mínimo legal mensual, tienen derecho a que se les reajuste ésta según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; mientras que para las personas cuya pensión sea igual al salario mínimo legal mensual, se les incrementa en la misma proporción en que se aumente dicho salario. Sin embargo, no se puede hablar de discriminación por que el reajuste pensional cobija a "todos" los pensionados sin importar la cuantía de su pensión.

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

Si el salario mínimo se ha definido como aquella suma de dinero suficiente para que el trabajador pueda satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo; la pensión mínima también debe permitir al pensionado lograr un nivel de vida, que como se lee en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), le asegure no sólo a él, sino también a su familia, "la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

Recuérdese que la pensión, como lo ha afirmado esta Corte, es "un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo..... En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que, del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador" (sent. C-546/92 M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez C.)

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

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

El reajuste de las pensiones, tanto para los que devengan pensiones superiores al mínimo como para aquellos cuyas mesadas son iguales a éste, tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad (art. 46 C.N.), quienes, por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia. De no existir tales reajustes las pensiones se convertirían en irrisorias, pues la devaluación de la moneda hace que pierdan su capacidad adquisitiva, en detrimento de los pensionados.”

El Consejo de Estado, se ha pronunciado igualmente respecto de la nulidad¹⁵ del Decreto 692 de 1994, oportunidad en la cual consideró que debía estudiarse si el porcentaje de reajuste de la mesada pensional es un derecho adquirido, sobre el particular se determinó que la Ley 100 de 1993, en materia de pensiones, en los artículos 11 y 36, dispuso la salvaguarda de aquellas situaciones que se hubieren consolidado para la fecha en la que la misma entró en vigencia con lo cual se amparó los derechos adquiridos, sin embargo, frente al porcentaje de incremento de las pensiones se adhirió a la interpretación que sobre el tema ha realizado la Corte Constitucional al señalar que «no hay derechos adquiridos sobre el factor o porcentaje en que se deben incrementar las pensiones, sino meras expectativas. Por tanto, la Ley bien puede modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales».

Así las cosas, el Consejo de Estado concluyó, que el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido. Lo cual implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando la Ley 71 de 1988, enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

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

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) SE. 67 **radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14) Actor: GUSTAVO ADOLFO PRADO CARDONA Y OTROS Demandado: GOBIERNO NACIONAL**

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora, es de indicarse que la Ley 100 de 1993 en el Artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente:

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

Por un lado, es explícita en el respeto de los derechos adquiridos, lo cual es compatible con lo dispuesto en la Carta Magna.

Se colige que con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se dejaron sin vigencia las normas pensionales que en forma general tenían vigor anteriormente, excepto lo atinente al régimen de transición establecido en el Artículo 36 *ibídem*, y los aspectos especiales de los exceptuados del Artículo 279 del mismo cuerpo normativo; que la forma como se determina la base de indexación de las pensiones obedece a la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República siempre y cuando se respeten los cánones constitucionales; y que esa forma de ajuste no constituye *per se* un derecho adquirido.

Mediante concepto del 9 de marzo de 2006, (Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00017-00(1718)), la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al realizar un análisis de legislación en materia pensional concluyó que el régimen general antes de la expedición de la ley 100 lo constituían la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1989, razón por la cual es pasible colegir que están derogados de forma expresa independiente de lo previsto en la Ley 238 de 1995, que adicionó al artículo 279 de la Ley 100/93 un parágrafo el cual dispuso que las excepciones consagradas en dicha norma 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.

Ahora frente a la aplicación del principio de la favorabilidad, el Despacho tiene por decir, que las pretensiones incoadas por la demandante no están llamadas a prosperar, dado que para la aplicación del principio de favorabilidad e incluso para la aplicación del principio de ***in dubio pro operario***, se requiere la existencia de una o varias normas que aun siendo aplicables al mismo caso, permitan la adscripción de diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, generando duda en el operador jurídico respecto de la hermenéutica a escoger; circunstancia que no ocurre en estos casos, toda vez que el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, perdió vigencia con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 disponiéndose claramente que el reajuste de las pensiones, incluso las de los docentes oficiales debía efectuarse con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior, como lo dispuso el artículo 14, sin que se estableciera por parte del legislador la posibilidad de

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

escoger uno u otro aumento (SMLMV o IPC); máxime cuando en el asunto que hoy nos ocupa, la demandante adquirió el status pensional el 25 de septiembre de 2006¹⁶, es decir no adquirió su status pensional en vigencia de la Ley 71 de 1988, no siendo posible, aplicar la favorabilidad a fin de aceptar como interpretación correcta la que propicie el trabajador.

Además, se observa que la pensión de la accionante, es superior a un salario mínimo legal mensual vigente, según las resoluciones de reconocimiento¹⁷.

Por las razones expuestas, se despachan de forma negativa las pretensiones incoadas.

5. Condena en costas.

En este caso, la parte demandante fue vencida en juicio, por lo cual se le condenará en costas según el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, por cuanto dichas normas dejan claramente establecido que el CPACA ha acogido el criterio objetivo, es decir que las costas corren en todo caso a cargo del vencido, quedando proscrita la facultad del juez de determinar la conducta de las partes para proceder a la condena en costas.

Como no prosperaron las pretensiones de la demanda, pero solamente se encuentran demostradas las agencias en derecho, se deberán reconocer a favor del demandado, en cuantía equivalente a \$300.000, teniendo en cuenta los criterios y topes señalados en la normatividad, las cuales serán liquidadas por Secretaría.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. - Denegar las pretensiones de la demanda instaurada por la señora ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL, identificada con cédula de ciudadanía No. 34.508.009 de Puerto Tejada, por las razones expuestas.

SEGUNDO. -Condenar en costas a la parte demandante. Por Secretaría efectúese la liquidación de rigor.

¹⁶ Folio 7-9 Expediente electrónico- Documento No. 05

¹⁷ Folio 7-9 Expediente electrónico- Documento No. 05

Expediente: 19001-33-33-006-2019-00232-00
Actor: ELBA MARY LUCUMI DE VIDAL
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

TERCERO. -Por Secretaría liquídense los gastos del proceso, y devuélvase el remanente de la suma que se ordenó cancelar por concepto de gastos ordinarios del proceso si la hubiere, dejando las constancias de rigor.

CUARTO. -Archivar el expediente previa cancelación de su radicación, una vez esté ejecutoriada esta providencia.

QUINTO. -Con la notificación a las partes de la presente providencia, adjúnteseles el vínculo del expediente electrónico, a fin de que el proceso sea consultado.

SEXTO. -Notifíquese la presente providencia en forma electrónica tal como lo dispone el artículo 203 del CPACA. A la parte actora, a través del correo electrónico.

Parte actora: abogadooscartorres@gmail.com

FOMAG:

notjudicial@fiduprevisora.com.co

notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co

procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ