



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

Popayán, Septiembre Diez (10) de dos mil veinte (2020)

Expediente No: 19001-33-33-006-2019-00022-00
Demandante: CAYO DELMAN MOLANO MOLANO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 132

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Procede el Despacho conforme al Decreto Legislativo 806 de 2020 a dictar sentencia anticipada de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por CAYO DELMAN MOLANO MOLANO, 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 6 de junio de 2017, mediante la cual el actor solicitó a la Secretaria de Educación Municipal de Popayán – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a fin de 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 1989 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 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

¹ Folios 1-25 cdno ppal.

como consecuencia del silencio administrativo negativo, respecto de las peticiones formuladas por la demandante mediante memorial radicado ante la accionada el día 6 de junio de 2017.

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 la Ley 91 de 1989 y lo dispuesto en el artículo 1º 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 del actor, con base a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, con base 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.
- Reintegre al actor 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 la actora y ano continuar descontando valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas futuras.
- Pagar al actor 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.

4. Las sumas adeudas sean ajustadas conforme a la formula establecido para ello por el Consejo de Estado.
5. Se condene al pago de costas y se dé cumplimiento a la sentencia conforme al CPACA.

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 N° 520 del 6 de agosto de 2003, le reconoció una pensión ordinaria de jubilación con una mesada pensional en cuantía de \$850.241, valor correspondiente para el año 2002.

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, la han incrementado anualmente con base en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, en el mismo porcentaje correspondiente al IPC certificado por el DANE.

El 6 de junio de 2017 el actor presentó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaria de Educación del Departamento del Cauca, petición, a través de la cual se solicitaba la aplicación del numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, y en síntesis las peticiones antes descritas.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como normas violadas:

- Los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125, y 209 de la Constitución Política de Colombia.
- Artículo 137 del CPACA.
- Artículo 1 de la Ley 71 de 1988.
- Ley 33 de 1985.
- Artículo 15 numeral 2 literal A de la Ley 91 de 1989.
- Artículo 115 de la ley 115 de 1994.

- Artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
- Artículo 12 del Decreto 196 de 1995.
- Artículo 4 de la Ley 700 de 2001.
- Artículo 9 del parágrafo 1 de la Ley 797 de 2003.
- Artículo 81 de la Ley 812 de 2003.
- Artículo 160 de la Ley 1151 de 2007.
- Parágrafos transitorios 1 y 2 del acto legislativo 01 de 2005.

Como concepto de violación, en síntesis expuso:

La NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al aplicar el descuento al Sistema de Salud equivalente al 12%, sobre las mesadas pensionales, está vulnerando las normas en cita, puesto que en calidad de pensionado docente se encuentra cobijada por las disposiciones del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, por tanto al tratarse de docente vinculada ante del 26 de junio de 2003 tienen 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.

E igualmente se deprecia la aplicación el 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.

2.- Contestación de la demanda-FOMAG

Mediante auto I-578 del 6 de agosto de 2020, se dispuso tener como no contestada la demanda por parte de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG. Providencia que fue debidamente ejecutoriada a las partes, y que se encuentra ejecutoriada.²

3. Relación de etapas surtidas

La demanda fue presentada el 11 de febrero de 2019³ ante la oficina judicial de reparto, correspondiéndole a esta judicatura, siendo admitido mediante providencia del 11 de marzo de 2019⁴. La notificación de la demanda a la accionada se surtió el día 12 de abril de 2019⁵. Se cumplió con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: mediante providencia del 6 de agosto de 2020⁶ se adecuo el trámite del proceso conforme al Decreto Legislativo 806 de 2020, procediéndose en las misma providencia a resolver las excepciones previas propuestas, declarando

² Fls.- 85-89 cdno ppal.

³ Fl.- 42 cdno ppal.

⁴ Fl.s- 44-45 cdno ppal.

⁵ Fl.- 48 cdno ppal.

⁶ Fls.- 85-89 cdno ppal.

la falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el DEPARTAMENTO DEL CAUCA. Mediante auto del 14 de agosto de la misma anualidad⁷, teniendo en cuenta que el presente asunto no habían pruebas por practicar, se dispuso prescindir de la etapa probatoria, y 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.

4. Alegatos de conclusión

4.1. De la parte actora⁸

El apoderado de la parte actora, indicó que la finalidad del Artículo 81 de la Ley 812 de 2.003, fue delimitar el régimen pensional aplicable al Magisterio oficial, creando dos grupos, los que quedaron cobijados por el régimen contenido en la Ley 91 de 1.989, y a los que se les aplicará el régimen General de Pensiones.

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.

Cuando un docente se pensiona ya no ostenta la calidad de afiliado, y por lo tanto existe una marcada diferencia entre Afiliado y Jubilado.

Los regímenes pensionales son de aplicación integral, se aplica uno o se aplica el otro, pero no se pueden aplicar elementos de uno y complementarlo con aspecto de otro régimen; es decir la aplicación es total y no parcial.

La accionada ha creado un nuevo régimen pensional, el cual está integrado con requisitos del régimen específico Docente contenido en las leyes 33 de 1.985 y 91 de 1.989; y lo está complementando con aspectos del Régimen general de Pensiones.

El monto de la cotización y/o el aporte, no es una prestación autónoma que se pueda separar del régimen pensional y que pueda ser modificada para el beneficio de un tercero y/o por un mandato Legal, ya que en este último caso, se tendría que expedir una norma que reformadora del Régimen pensional. Situación que no ocurrió con la expedición de la Ley 812 de 2.003. además porque es improcedente modificar un régimen pensional que ya fue revocado y que solamente se encuentra en ultraactividad, y se extinguirá con el paso de tiempo. Esta argumentación fue soportada conforme a lo manifestado por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C -369 de 2004.

⁷ Fls.- 92-95 cdno ppal.

⁸ Fls.-{ 97-114 cdno ppal.

El régimen aplicable a los docentes vinculados hasta el 26 de Junio de 2.003, es el contenido en la Ley 91 de 1.989 con remisión a la Ley 33 de 1.985; tal como se estableció en la Ley 812 de 2.003 y en el Acto Legislativo 01 de 2.005.

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 2.003 y el acto Legislativo 01 de 2.005, determinando de manera específica que los docentes que se vincularon con anterioridad al 27 de Junio de 2.003, deben aportar de todas sus mesadas, incluidas las adicionales, el 5%.

Todas estos fundamentos fueron acompañados de una amplia explicación, soportados con fundamentos legales de conformidad con los principios legales relativos a los derechos laborales y prestacionales, y sobre todo, con base a los reiterados pronunciamientos de las altas cortes, y especialmente por lo que al respecto ha demarcado el Honorable Consejo de Estado.

En lo referente a la fórmula que se debe aplicar para reajustar anualmente la mesada pensional de los docentes que se vincularon con anterioridad al 27 de junio de 2.003, se tiene que 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.

Por medio del Decreto 692 de 1994 se dispuso la integración al Sistema General de Pensiones de diferentes grupos pensionales, particularmente 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.

Las normas traídas en cita ratifican expresamente la exclusión del incremento pensional conforme al IPC de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aún cuando se contempló inicialmente la exclusión absoluta del Régimen General de Seguridad Social Integral de los referidos pensionados, esta prohibición fue atenuada mediante la Ley 238 de 1995

Como se observa, 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.

Respecto al condicionamiento por favorabilidad traemos en cita pronunciamientos del Consejo de Estado dentro del régimen exceptuado de las Fuerzas Militares, en los cuales resolvió aplicar el Índice de Precios al Consumidor por representar un beneficio frente a las normas del régimen especial.

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.

Así las cosas, 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 exceptuado aplicable a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por todo lo expuesto, solicitó que se accedan a las pretensiones de la demanda.

4.2. De la parte demandada-FOMAG

La apoderada de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG, indicó que por autoridad de la Ley, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Entidad encargada de descontar el 5% de cada mesada pensional cancelada, incluyendo las mesadas adicionales cualquiera que sea su naturaleza.

La Ley 812 de 2003 en su artículo 81 previó que, el régimen de cotización de los docentes que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003:

“[...]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. El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el

Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios 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 Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3 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. [...]”.

Explicó que de acuerdo a la normatividad y a la jurisprudencia, 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.

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

Corolario de lo expuesto, con fundamento a lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, se dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG, situación que conllevó que a los mismos se les aumentará el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, pues de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a reducir un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen.

Con lo anteriormente expuesto solicitó al despacho se sirva negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

5. Concepto del Ministerio Público⁹

La Agente del Ministerio Público, refirió que el Régimen Salarial y Prestacional de los docentes es de carácter especial, y se encuentra regulado en la Ley

⁹ Fls.- 115-121 cdno ppal.

91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003. Se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital, la cual corresponde a la Fiduciaria La Previsora S.A., con personería jurídica y autonomía administrativa.

Dicho Fondo tiene por objeto el pago de las prestaciones sociales los docentes afiliados, entre las que se encuentra las pensiones.

El artículo 56 de la ley 962 de 2005, determinó que el FOMAG pagará las prestaciones sociales a su cargo mediante aprobación del proyecto de resolución por parte de quién administre el Fondo, el cual deberá ser elaborado por la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente.

El artículo 3 del decreto 2831 de 2005 reglamentario del artículo 56 de la ley 962 de 2005, dispuso el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG.

Por su parte, el artículo 8 de la ley 89 de 1991, incluyó como recursos del recién creado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, el valor del 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales.

El artículo 279 de la ley 100 de 1993 exceptuó a los docentes de la aplicación de la norma, por ello se entiende que se le aplica el artículo 81 de la ley 812 de 2003 y el parágrafo transitorio del acto legislativo 001 de 2005 que señala que para los docentes vinculado antes de esta ley se les aplica estas normas y para los vinculados a partir de la misma se le aplica el régimen de prima media con prestación definida.

Por tanto, queda claro que la norma aplicable a los docentes es la ley 91 de 1989 modificada por la ley 812 de 1989 que estableció también que para los docentes afiliados al Fondo, la tasa de cotización corresponderá a la suma de los aportes para salud y pensión que establezca la ley 100 de 1993 y 797 de 2003.

El acto legislativo citado establece que el régimen pensional para docentes es el establecido con la ley 812 de 2003.

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."

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

Con base en estas consideraciones, la agencia del Ministerio público solicitó al despacho que se proceda a negar en su integridad las pretensiones de la demanda, por considerar que los actos administrativos enjuiciados se expidieron con apego a la legalidad.

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 la NACIÓN.MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al aplicar el porcentaje del 12% de descuento en salud, ha desconocido el régimen especial al que dice pertenecer el demandante 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 del actor se debe incrementar anualmente conforme al IPC o al incremento del SMLMV?

3.- Tesis del Despacho

Conforme a la normatividad y a la jurisprudencia aplicable al presente asunto, la judicatura concluye que el aporte a salud que deben hacer los docentes pensionados y afiliados al FOMG 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.

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 1º 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, el demandante adquirió el status el 25 de febrero de 2002, 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 del actor, es superior a un salario mínimo legal mensual vigente, según la resolución de reconocimiento visible a folios 66 del plenario

En consecuencia, se despacharán desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

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

Señaló el 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 consideran ilegal puesto que en calidad de pensionada docente se encuentra cobijada por las disposiciones del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, por tanto 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.

Conforme a lo anterior y con el fin de resolver los presentes asunto, se tiene la siguiente normatividad:

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 8º de la Ley 91 de 1989 aplicado a las 12 mesadas.

El artículo "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 2º 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 1º 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".

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 4ª 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 1969, es decir el aporte en salud.

No obstante lo anterior, debe analizarse con detenimiento 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 el actor ostenta la calidad de pensionado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por tanto está excluido 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 1º del acto legislativo 001 de 2005, señalan:

"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".

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 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 4º 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 regir 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 regirán 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 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.

¹⁰ Sentencia C-369/04

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

Así, en sentencia del 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado N° 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 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:

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.

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

"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. 1º), 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 hubiera 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 8º de la Ley 91 de 1989, el aporte del sistema en salud, se realizada 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 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.

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.”.

El 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 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 cubre 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 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

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**

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.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la 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 1º de enero de 1994.[...]]»

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 anteriormente vigencia, 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 posible 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 escoger uno u otro aumento (SMLMV o IPC); máxime cuando en el asunto que hoy nos ocupa, el demandante adquirió el status pensional el 25 de febrero de 2002, 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 del actor, es superior a un salario mínimo legal mensual vigente, según las resoluciones de reconocimiento visible a folios 66 del plenario

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 CAYO DELMAN MOLANO MOLANO, identificado con la C.C. N° 10.523.516, por las razones expuestas.

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

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.- Reconocer personería al abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, identificado con la C.C. N° 80.211.391, portador de la tarjeta profesional N° 250.292 del C. S. de la J., para actuar en representación de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG, en los términos del memorial poder obrante en el plenario.

SEXTO.- Aceptar la sustitución poder que realiza el abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, identificado con la C.C. N° 80.211.391, portador de la tarjeta profesional N° 250.292 del C. S. de la J., sobre la profesional del derecho YULI PAULINE CORREDOR GAUNA.

SÉPTIMO.- Reconocer personería a la abogada, YULI PAULINE CORREDOR GAUNA, identificada con la C.C. N° 1.052.328.517, portadora de la tarjeta profesional N° 255.568 del C. S. de la J., para actuar en representación de la

Expediente No: 19001-33-33-006-2019-00022-00
Demandante: CAYO DELMAN MOLANO MOLANO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG, en los términos del memorial de sustitución poder obrante en el plenario.

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

NOVENO.- 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 abogadooscartorres@gmail.com y a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG, a los correos notjudicial@fiduprevisora.com.co -
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co -
procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.com -
t_jaristizabal@fiduprevisora.com.com.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ

Firmado Por:

**MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 006 ADMINISTRATIVO POPAYAN**

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

Código de verificación:

b177bd03310d4702c829f871196a8d9771ea5b7d9634a2fc0046916abb477e4e

Documento generado en 07/09/2020 06:22:27 p.m.