

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYAN

Carrera 4 Nro. 2-18 Segundo Piso – Popayán
Correo: J06admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co
Telefax (072)-8243113

Popayán. Septiembre Veintiocho (28) de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA Nro.143

RADICACION	19001-33-33-006-2019-00087-00
DEMANDATE	MARIA EUGENIA MURIEL RODRIGUEZ
DEMANDADO	FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

I ANTECEDENTES

MARIA EUGENIA MURIEL RODRIGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía número **34.529.909**, formula el presente medio de control en contra de LA NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y EL MUNICIPIO DE POPAYAN para que se realicen las siguientes declaraciones y condenas:

Que se declare configurado el SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO, respecto de la petición presentada el día 18 de julio de 2017, mediante la cual EL FONDO NACOINAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISGERIO, MUNICIPIO DE POPAYÁN – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, para que su mesada pensional sea pagada y reajustada anualmente con base a los ordenamientos consignados en el numeral 5° del artículo 81 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 EPS le han descontado de las mesadas pensionales incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre y que el ajuste anual de la pensión sea en la misma proporción en que se incrementa el salario mínimo legal mensual y no con base al porcentaje del IPC reportado por el DANE.

Que se declare nulo el acto administrativo ficto presunto que ha surgido como consecuencia del silencio administrativo negativo, respecto de las

peticiones formuladas por la Demandante mediante memorial radicado ante la accionada el día 18 de julio de 2017.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se profiera sentencia en donde se ratifique que la demandante pertenece al régimen exceptuado consagrado en el artículo 279 de la Ley 100 de 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 primero de la Ley 71 de 1988, respectivamente.

Subsecuentemente con las anteriores declaraciones solicita que se condene a LA NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, MUNICIPIO DE POPAYAN SECRETARIA DE EDUCACIÓN que por intermedio de la FIDUCIARIA LA FIDUPREVISORA SA: Proceda a efectuar los descuentos para efectos de aportes al sistema de salud que son aplicados a la mesada pensional de mi representada, 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 as adicionales, ordenándose cesar el descuento en cuantía del 12% como actualmente lo está realizando; proceda a reajustar anualmente la mesada pensional en el mismo porcentaje de incremento del salario mínimo mensual; reintegre las sumas de dinero superiores al 5% que a título de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud han sido descontados de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre respecto de la pensión de jubilación que la demandada ha reconocido a favor de la accionante; pague a favor de la demandante los valores resultantes por las diferencias existentes entre la mesada 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 salario mínimo legal mensual; pague de manera indexada las sumas de dinero que se obtengan como resultado de las declaraciones y condenas solicitadas y se reconozcan intereses corrientes y moratorios.

Como pretensiones subsidiarias solicita que en el evento que el juez considere que la parte demandada resolvió de fondo la petición con oficio Nro 2017RE-3832 del 24 de julio de 2017 expedido por el MUNICIPIO DE POPAYAN y por lo tanto este hace tránsito a un acto administrativo solicita que se declare la nulidad total de dicho acto y se tenga en cuenta que la ley 100 de 1993 y 797 de 2003 sólo contempla un descuento para efectos de aportes al sistema de salud por un monto equivalente al 12%

de la mesada pensional sin aplicar deducción a las mesadas adicionales de junio y diciembre, que se reintegren los dineros descontados de las mesadas adicionales de junio y diciembre, que se ordene a FIDUCIARIA LA PREVISORA no continuar realizando descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre con destino al Sistema de Salud, indicándosele que dicho aporte debe ser solamente aplicado a la mesada pensional que devenga la demandante, que se condene al pago de costas y agencias en derecho y demás emolumentos que le puedan corresponder a la parte actora.

HECHOS

Como sustento de las pretensiones la parte actora expuso:

La 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 servicios exigidos para pensionarse, razón por la cual mediante Resolución 091 de 3 de abril de 2012 se le reconoció pensión ordinaria de jubilación, el FOMAG ha descontado el equivalente al 12% de cada mesada pensional, incluyendo las adicionales de junio y diciembre con objeto de satisfacer aportes al Sistema de Salud.

El acto que reconoció la pensión dispuso que el reajuste se realizaría en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 pero arbitrariamente la mesada pensional ha venido incrementándose anualmente con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir en el mismo porcentaje correspondiente al índice de precios al consumidor.

El día 18 de julio de 2017 se presentó ante FOMAG memorial solicitando la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto de los descuentos que se aplican a las mesadas pensionales a título de aportes al Sistema de Salud, indicando que el monto que debe aportar es el 5% del valor de cada mesada y no el 12% que se la ha venido descontando, exigiendo la devolución de los valores excesivos que le fueron descontados. Igualmente solicitó aplicación del artículo 1° de la Ley 71 de 1988 en lo referente a los ajustes anuales que se deben aplicar a la mesada pensional demandando que ésta no sea ajustada con base al IPC de cada año sin que sea actualizada con base a la misma proporción en que se incrementa el salario mínimo legal mensual cada año, solicitando que se reconozca y pague de manera indexada la diferencia resultante y que se reconozcan los respectivos intereses, a título subsidiario se solicitó que en el evento de que se determine que el régimen aplicable es el General de Pensiones, se proceda a no efectuar descuentos para salud respecto de las mesadas adicionales.

Mediante oficio número 2017RE -3832 del 24 de julio de 2017 expedido por el Municipio de Popayán, la parte demandada da traslado de la petición a la FIDUPREVISORA, manifiesta que no tienen injerencia alguna en los pagos y descuentos que se le aplican a la demandante y por lo tanto se debe presentar nueva solicitud ante la FIDUPREVISORA.

Hasta el momento no se ha resuelto de fondo la petición, contra el acto ficto no se propuesto ningún recurso.

ACTUACIONES SURTIDAS

La demanda fue interpuesta el 22 de abril de 2019, fue admitida mediante providencia de fecha 17 de mayo de 2019, mediante providencia de 10 de septiembre de 2019 se adecuó el trámite a lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020 resolviéndose excepciones especialmente la de falta de legitimación en la causa formulada por el Municipio de Popayán, declarándose configurada, dado que el asunto era de pleno derecho se obvió la etapa probatoria corriéndose traslado para alegar de conclusión.

PRONUNCIAMIENTO DE LA ENTIDAD DEMANDADA MUNICIPIO DE POPAYAN

Se pronunció para formular la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva fundamentada en que únicamente actúa como intermediaria del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad a la cual le compete el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, entre ellas establecer sobre los descuentos sobre los cuales versa la presente providencia. Mediante providencia de 10 de septiembre de 2020 se accedió a la excepción formulada.

NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

No contestó la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE

Sostiene que 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.

Afirma 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 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%. Todos 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.

Dice que 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.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Refiere que 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 párrafo 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. Igualmente se trae a colación el aparte la decisión de Tutela del Honorable Consejo de Estado de 16 de diciembre de 2015 CP Hugo Fernando Bastidas, cuando dice: “ Si bién los docentes afiliados al Fondo gozan del régimen exceptuado de la ley 100 de 1993, lo cierto, es que el artículo 81 de la ley 812 de 2003 previó que deben efectuar aportes en salud conforme a lo previsto en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, en los mismos términos que los pensionados con régimen general, es decir del 12%. El mismo fallo indica que no existe ninguna norma que exima a los docentes de efectuar aporte en salud sobre las mesadas adicionales, es decir que existe autorización para descontar el aporte para salud de las mesadas adicionales, esto atendiendo al principio de solidaridad que rige el sistema de seguridad social. Por último, es menester citar la decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ SALA DE DECISIÓN No. 5 MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO de julio de 2018. Expediente 15238-3333-752-2015-00221-01 Medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho Tema Confirma sentencia que negó pretensiones — devolución de descuentos en salud , y que se apoya en la sentencia de exequibilidad de la ley 821 de 2003 de la Corte Constitucional que establece que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - sin que la norma establezca ninguna excepción - 'corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores". Ahora bien,

dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003." 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 2007⁴ en 12.5%, y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008⁵ en el porcentaje del 12%. Entonces en caso similar entendió la Sala, que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional dado que, por pertenecer a uno especial, se encuentran exceptuados del general, Corte Constitucional. Sentencia C-369. De 2004 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet. " Así las cosas, se tiene que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados. Si bien, las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989 especial y posterior sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°. Por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, pero ello no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general y obedece a la libre configuración legislativa.

Respecto del incremento del IPC a las mesadas pensionales anota que los incrementos a las mesadas de jubilación se efectúan anualmente conforme a lo consagrado en la ley 238 de 1995, que modificó la ley 100 de 1993, y que adicionó o incluyó para los regímenes exceptuados el incremento de las mesadas de acuerdo al IPC, es decir conforme al

artículo 14 de la ley 100 del 1993. Sobre este aspecto, se trae a colación la sentencia C-110 de 2006, que indicó que esta prescripción aplica para el personal docente de acuerdo con el contenido del artículo 276 de la ley 238 de 1995, parágrafo, que estableció que las excepciones consagradas el, no implican negación de beneficios y derechos de los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores en ella consagrados. Es decir que con la entrada en vigencia de la ley 238 de 1995, el personal perteneciente a los regímenes pensionales excluidos por el artículo 279 de la ley 100 de 1993, entre ellos los docentes, accede a los beneficios y derechos contemplados en el artículo 14 que consagra que la forma de incrementar la pensión anualmente es con el IPC, tal como lo ha efectuado la entidad demandada.

Concluye que con base en estas consideraciones la Agencia del Ministerio público solicita al despacho que se proceda a negar en su integridad las pretensiones de la demanda.

El FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no se pronunció en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia

En el presente caso las pretensiones cuyo reconocimiento se deprecian guardan relación con una prestación de carácter periódica, se demanda la nulidad de un acto ficto como quiera que la Secretaria de educación no emite respuesta de fondo, no se encuentra sometido al término de caducidad de conformidad con lo establecido en el artículo 164 numeral 1º literal c) del CPACA.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el último lugar en donde prestaron los servicios (INEM FRANCISCO JOSE DE CALDAS DE POPAYÁN) 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.

PROBLEMA JURÍDICO

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad del acto administrativo ficto, producto de la falta de respuesta a la petición elevada el día 18 de julio de 2017, ante la Secretaría de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; como consecuencia de la anterior

declaración solicita que se declare que pertenece al régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto se encuentra amparada por el régimen 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, quienes quedaron amparados por la Ley 91 de 1989, por lo tanto debe efectuarse descuentos para Salud, en porcentaje equivalente al 5% a todas las mesadas pensionales incluyendo las adicionales y debe cesar el descuento del 12% que se viene aplicando, además solicita que se ordene la reliquidación de la pensión en porcentaje de incremento del salario mínimo legal mensual y no conforme al IPC, la devolución de los dineros descontados en exceso al 5% como aportes en salud, que se ordene el pago de las diferencias por reliquidación, el reajuste de las mismas diferencias, pago de intereses y condena en costas. Como pretensión subsidiaria solicita que en caso de que se considere que la entidad resolvió de fondo la petición Mediante Nro. 2017RE-3832 del 24 de julio de 2017, se declare la nulidad de este acto administrativo.

TESIS DEL DESPACHO

Concluye el despacho 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 de 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.

Ante el régimen especial que ostentan los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que el descuento se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, el mismo es aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado con destino a la salud. En consecuencia, no hay lugar a ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

En el presente caso se observa que la pensión reconocida a la señora MARIA EUGENIA MURIEL, es superior a un salario mínimo legal mensual vigente, según la resolución Nro. 091-03-04-2012 que para ese año la fijó en la suma de \$1.874.344, además fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 por tanto no tiene derecho a que se le

aplique un incremento igual al establecido al salario mínimo legal mensual vigente, sino el equivalente al Índice de Precios al Consumidor.

ANALISIS DEL CASO CONCRETO

Señala la parte demandante que el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, viene aplicando descuento al Sistema de Salud equivalente al 12%, sobre las mesadas pensionales incluso las adicionales, situación que considera 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 vinculada antes del 26 de junio de 2003, tiene derecho a que su descuento se efectúe según los 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.

Además, como pretensiones subsidiarias se reclama que en caso de determinarse que el régimen aplicable a las demandantes, es el de la Ley 100 de 1993, se tenga en consideración que el descuento no puede aplicarse sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, por tanto, piden que se reintegre el valor de los descuentos pagados en exceso respecto de las mesadas adicionales y se ordene a FIDUCIARIA LA PREVISORA no continuar realizando dichos descuentos.

Finalmente 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.

Sobre la aplicación del porcentaje de descuento para aportes a seguridad social en salud establecido en la Ley 100 de 1993 y procedencia de descuento sobre mesadas adicionales

Cabe precisar que el apoderado del extremo demandante cita como fundamento de sus pretensiones la 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.¹

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 por el actor, ha evidenciado una posición divergente.

Así en sentencia de 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado N° 2015-02164-00, Consejero Ponente Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas², se señaló:

¹ 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

² 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

“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 (...)”³.

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.⁴

En efecto, los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son rentas

³ M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁴ 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

parafiscales, debido a que son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destina para su beneficio. El diseño General de Seguridad Social en Salud define en forma específica los destinatarios, los beneficiarios y los servicios que cubre el Plan Obligatorio de Salud, es decir, todos elementos constitutivos de renta parafiscal.

Es importante precisar que la contribución parafiscal en salud ha sido establecida a cargo de todos los pensionados desde el artículo 2º de la Ley 4 de 1966, el artículo 90 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, los artículos 7ºs y 16" de la Ley 4º de 1976, y con la Ley 91 de 1989.

Todos los docentes pasaron a ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, entidad que tenía a su cargo la administración del servicio médico, por ende, dicha entidad se encontraba autorizada para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara como aporte para salud, **inclusive, de las mesadas adicionales sin importar su naturaleza**, tal como lo dejó establecido en el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989 que prevé:

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

(...)

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

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.

No obstante, lo anterior en los incisos 3º y 4º del artículo 81 la Ley 812 de 2003 vigente a partir del 27 de junio de 2003, el legislador dispuso que:

"... los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo adicional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la ley 91 de 1989, y 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 97 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".

El inciso 4° del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, 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 al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sin que la norma establezca ninguna excepción - 'corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores'. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003."⁵

De acuerdo con lo expuesto, fuerza concluir que a todos los docentes

⁵ Sentencia C-369/04

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 de 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.

- Sobre los descuentos de 12% en las mesadas adicionales

Ahora, respecto a las normas que se refieren a las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que mediante el Decreto 1073 de 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, y se regulan aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, así:

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

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

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de

1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

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 la parte actora ostenta la calidad de pensionadas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por tanto está

excluida 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 párrafo transitorio 1° del acto legislativo 001 de 2005, señalan:

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

De acuerdo con las disposiciones anteriores, concluye esta Juzgadora que la norma en cuestión en ningún momento prohíbe el descuento de las mesadas adicionales de junio y diciembre. Aunado a lo anterior, es clara la norma al establecer que solamente las personas vinculadas con posterioridad a su entrada en vigencia, se encuentran amparadas por el régimen de prima media, situación ésta que no se configura en el presente caso.

El artículo 81 de la referida ley, posteriormente fue reglamentado parcialmente por el Decreto 2341 de 2003, el cual en su artículo 1º estableció que la tasa de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponde a la suma de aportes para la salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, disposición que no puede ser interpretada como una inclusión del docente pensionado al régimen general de pensiones.

En cuanto a la aplicación del Decreto 1073 de 2002, mediante el cual se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, se encuentra que el mismo decreto reglamentó las Leyes 71 y 79 de 1988, y algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media. Situación que no afecta bajo ningún entendido, las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989, que regula el régimen especial de las personas pensionadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De lo anteriormente expuesto, se tiene que dado el régimen especial que ostentan los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que el descuento se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, el mismo es aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado con destino a la salud. En consecuencia, no hay lugar a

ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

-En cuanto al incremento 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.”.

Las demandantes tienen 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 incrementa 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 nulidad⁶ del Decreto 692 29 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

⁶ 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**

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.[...]»

En el presente caso se observa que la pensión reconocida a la señora MARIA EUGENIA MURIEL, es superior a un salario mínimo legal mensual vigente, según la resolución Nro. 091-03-04-2012 que para ese año la fijó en la suma de \$1.874.344, además fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 por tanto no tiene derecho a que se le aplique un incremento igual al establecido al salario mínimo legal mensual vigente, sino el equivalente al Índice de Precios al Consumidor.

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

De la condena en costas:

Según lo previsto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia deberá disponer “sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”. A su vez, el artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Por lo

tanto se condena en costas a la parte demandante en cuantía de doscientos mil pesos (\$200.000) para a favor de la entidad demanda.

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

F A L L A

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante en costas de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Por secretaria 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 y una vez ejecutoriada para su cumplimiento.

CUARTO: Notifíquese la presente providencia en la forma establecida en el artículo 203, según los siguientes correos:

Parte demandante: abogadooscartorres@gmail.com

Municipio de Popayán: notificacionesjudiciales@popayan-cauca.gov.co

FOMAG: notjudicial@fiduprevisora.com.co
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.com
t_jaristizabal@fiduprevisora.com.com.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza

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:

**5bbf1a0ccea7a0867be37c65f82e1dff7525f7c6ce569bcc9926ac3ad3ae3
4af**

Documento generado en 28/09/2020 12:21:54 p.m.