



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4 # 2-18 Esquina. Emailj08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, cuatro (4) de agosto de 2020.

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00267-00
ACTOR: MARIA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 134

1.- ANTECEDENTES.

Procede el Despacho a decidir la demanda que en Acción Contencioso Administrativa-medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, impetró la señora MARIA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a fin de que se declare la nulidad del acto ficto producto del silencio negativo respecto de la petición elevada el 17 de mayo de 2017, mediante la cual la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FOMAG negó el reajuste de su mesada pensional conforme al numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 y artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

A título de restablecimiento del derecho pretende la actora que se condene a la entidad accionada a la devolución de los dineros superiores al 5 % que se han descontado de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre. De igual forma, pretende 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.

Como base fáctica, se afirmó en la demanda¹, que la actora se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, siéndole reconocida su pensión ordinaria de vejez el 25 de septiembre de 2012. Que el FOMAG le descuenta el equivalente al 12 % de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Que el acto administrativo que concedió la prestación determinó que la señora MARÍA GUIOMAR RIASCOS tenía derecho a que su pensión se reajustara con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, pero que arbitrariamente se le reajustaba anualmente con base en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que el 17 de mayo del 2017, la actora elevó petición ante el FOMAG, solicitando el reajuste de su mesada pensional, sin obtener respuesta de fondo, puesto

que solo le respondió no tener injerencia en los descuentos que se le aplicaban en el pago de su mesada pensional.

Como normas infringidas se señalaron las disposiciones de rango constitucional contenidas en los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209. De rango legal, afirma se infringen las siguientes: Ley 1437 de 2011 en su artículo 137; Ley 71 de 1989 en su artículo primero; Ley 33 de 1985; Ley 91 de 1989, en su artículo 15 numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994 en su artículo 115; Ley 100 de 1993 en su artículo 279; Decreto 196 de 1995 en su artículo 12; Ley 700 de 2001 en su artículo 4º.

En el concepto de la violación de las referidas normas, en síntesis, se argumentó que la aplicación de los aportes del 12 % solo aplicaba para los nuevos afiliados al régimen de seguridad social. También que los docentes pertenecían a uno de los regímenes exceptuados que la Ley 100 de 1993 había estipulado en su artículo 279, y que por ende se les debía aplicar la Ley 33 de 1985 en remisión a la Ley 91 de 1989, por lo que el porcentaje de deducciones es del 5 % del valor de la mesada y la fórmula de incremento era la determinada en la Ley 71 de 1988.

En sus alegatos de conclusión, afirmó que se había logrado acreditar la violación del régimen pensional docente contenido en las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, y, por tanto, como la señora MARÍA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS se vinculó antes del 26 de junio de 2003, se le debía aplicar el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Frente a la fórmula para reajustar anualmente su mesada pensional, se ratificó en los términos que debe ser al tenor de la Ley 71 de 1988.

1.2.- La oposición.

La Nación- Ministerio de Educación- FOMAG presentó contestación de la demanda de manera extemporánea, conforme a la constancia secretarial que obra en el expediente.

En sus alegatos de conclusión, la apoderada de la Nación argumentó que la Ley 812 de 2003 había previsto el régimen de cotización de los docentes afiliados al FOMAG, señalando que aquel sería el contenido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

De lo anterior, sostuvo que a partir de la Ley 812 de 2003 se da 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 a que se les aumentara el monto de cotización al Sistema de Salud respecto de su mesada pensional.

1.3.- Intervención del Ministerio Público.

La representante del Ministerio Público no rindió concepto dentro de este asunto.

1.4.- Relación de etapas surtidas.

La demanda fue presentada el 26 de septiembre de 2018, siendo admitida mediante auto interlocutorio núm. 928 del 22 de octubre de 2018, procediendo a su debida notificación. La defensa de la Nación no presentó en término su contestación de la demanda, por lo que se procedió a fijar fecha de audiencia inicial.

Encontrándose el asunto para llevar a cabo la audiencia inicial, el Despacho atendiendo los ajustes normativos dispuestos por el Gobierno Nacional a través del Decreto Legislativo nro. 806 del 4 de junio de 2020, dictó el auto interlocutorio núm. 351 del 2 de julio de 2020, a través del cual se corrió traslado para las intervenciones finales.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos de competencia y caducidad.

Como se trata de determinar la legalidad de un acto administrativo en virtud de la función administrativa a cargo de la Nación, por la naturaleza del asunto, la cuantía de las pretensiones y el lugar donde se prestó el servicio, este Juzgado es competente en primera instancia para resolverlo (artículos 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011).

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por la señora MARIA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS no ha caducado atendiendo que se pretende la nulidad de un acto administrativo producto del silencio administrativo, por lo que al tenor del literal d) numeral 1º del artículo 164 del CPACA, la demanda podía interponerse en cualquier tiempo.

2.2.- Problema jurídico principal.

El problema jurídico consiste en determinar la legalidad del acto administrativo ficto demandado, para establecer si le asiste razón a la señora MARÍA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS en cuanto a si es procedente el descuento del 5 % de la mesada pensional con destino a seguridad social en salud, y, en consecuencia, la devolución de lo descontado en exceso a dicho porcentaje.

Igualmente, la procedencia del incremento anual de su pensión con base en el incremento del salario mínimo legal y no conforme el IPC.

2.3.- Tesis.

El Despacho no accederá a las pretensiones de la demanda por considerar que el acto administrativo enjuiciado se encuentra ajustado a derecho, considerando, que, si bien el sector docente oficial goza de unas prerrogativas especiales en materia pensional, en cuanto al descuento del valor de los aportes para salud y el incremento anual de la mesada pensional le son aplicables las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Como fuente del derecho para decidir el presente asunto, se tendrá en cuenta:

- ✓Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003 y Decreto 1073 de 2002.
- ✓Sentencia de la Corte Constitucional, C-387 del 1º de septiembre de 1994, respecto del análisis de exequibilidad del artículo 14 de la Ley 100 de 1993.
- ✓Sentencia de la Corte Constitucional, C-110 de 2006, en cuanto al reajuste de las pensiones con base en el IPC.

✓ Sentencia de tutela del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de 14 de septiembre de 2017, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, radicado 2017-01998-00 (AC) que resuelve tutela contra providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca– Sección Segunda- Subsección A. En cuanto a la Interpretación del Decreto 1073 de 2002 frente a la prohibición expresa de efectuar descuentos en las mesadas pensionales adicionales.

✓ Sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca, radicado 2014-00133-01, providencia de 16 de octubre de 2015, magistrado ponente David Fernando Ramírez Fajardo. Frente a la interpretación del Decreto en comento.

✓ Sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca, de 6 de octubre de 2017, magistrado ponente Carlos Hernando Jaramillo Delgado, radicado 2015-00315-01. Sobre la procedencia del descuento de 12 % para salud de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales de los docentes oficiales.

Se sustentará la tesis bajo los siguientes argumentos: (i) Lo probado en el proceso; (ii) Fundamento legal en materia pensional para el sector público docente; y (iii) juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

2.5.- Razones de la decisión.

PRIMERA.- Lo probado en el proceso.

▪ Mediante Resolución 277 del 25 de septiembre de 2012, la Secretaría de Educación municipal le reconoció pensión de jubilación a la señora MARÍA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS, señalando que había adquirido su estatus pensional desde el 30 de mayo de 2011, ordenando las deducciones consagradas en la Ley 1122 de 2007 la cual se aplicaría hasta el 30 de noviembre de 2008 y 1250 de 2008 a partir del 1º de diciembre de 2008.

En la misma resolución se ordenó el reajuste anual de la pensión conforme a la Ley 71 de 1988 y el artículo 14 de la 100 de 1993, señalándose que era aplicable en virtud de la Ley 238 de 1995.

▪ De acuerdo a comprobante de pago nro. 201612310138121, a la señora MARÍA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS se le descontó en diciembre de 2016, el 12 % por aportes a salud respecto de su pensión de jubilación.

▪ El 17 de mayo de 2017 fue radicada la petición ante la Secretaría de Educación municipal en donde la señora MARÍA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS solicitó que los aumentos y descuentos anuales de su pensión y salud respectivamente debían realizarse conforme al régimen especial que cobijaba a los docentes vinculados hasta el 27 de junio de 2003.

▪ En oficio con radicado SAC 2017PQR5623 del 25 de mayo de 2017, la Secretaría de Educación y Cultura municipal no resolvió de fondo la petición elevada por la señora MARÍA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS, limitándose a remitírselo a la FIDUPREVISORA S.A., la cual a través del oficio núm. 20170161015691 del 23 de agosto de 2017 le manifestó al apoderado de la actora que no era posible acceder favorablemente a la petición de devolución de sumas de dinero descontadas por aportes de salud.

SEGUNDA.- Fundamento legal respecto del descuento de 5 % de los aportes para salud, de los docentes del sector público.

Los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son rentas parafiscales, debido a que son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destina para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio de salud.

Es necesario recordar, además, que antes de la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, correspondía a las CAJAS DE PREVISIÓN el pago de las mesadas pensionales, de manera que la ley determinó las formas en que debían financiarse.

Fue con la Ley 91 de 1989, que se dispuso la administración y pago de las pensiones, así como la administración y prestación del servicio médico de salud de todos los docentes a cargo del mencionado fondo. El artículo 8 numeral 5 precisó que los educadores debían aportar el 5 % de cada mesada pensional, incluidas, las mesadas adicionales:

"Art. 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. (...)"

Entonces, teniendo en cuenta que los docentes de todos los órdenes serían afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, consecuentemente también tendrían la obligación contenida en la referida disposición legal, que no hace una distinción de las mesadas ordinarias y las adicionales para la aplicación al descuento con destino a salud.

Luego se expidió la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 204 dispuso el aumento al 12 % el porcentaje de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, y con las modificaciones introducidas por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007¹ se estableció que la cotización al Régimen Contributivo de Salud sería, a partir del 1° de enero del año 2007, del 12.5 % del ingreso o salario base de cotización, sin que pueda ser inferior al salario mínimo.

Ahora, en cuanto a los pensionados, por virtud del artículo 1° de la Ley 1250 de 2008², se estableció que la cotización mensual como aporte al sistema de salud sería el **12 %** del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Ante el evidente aumento de la base de cotización en salud, que lo fue del 5 % al 12.5 %, la Ley 100 de 1993 estableció en su artículo 143 que a quienes con anterioridad al 1° de abril de 1994, se les hubiera reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, *"a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente ley"*.

¹ "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"

² "Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un párrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6o de la Ley 797 de 2003."

SENTENCIA NREDE núm. 134 de 4 agosto de 2020
EXPEDIENTE 19-001-33-33-008-2018-00267-00
ACTOR MARIA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS
DEMANDADO NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Esta norma se encuentra reglamentada en el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, en virtud del cual se fija el porcentaje en que deberán ser ajustadas las pensiones anteriores al 1° de abril de 1994, de cara al aumento de los descuentos obligatorios para el Sistema de Salud.

De la normatividad referida se colige que quienes consolidaron su derecho pensional con antelación al 1° de abril de 1994, tienen derecho a que sus mesadas pensionales sean reajustadas en el equivalente a la elevación de la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993.

Y, para la Corte Constitucional, ese reajuste o compensación señalado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 no fue previsto para los regímenes especiales o exceptuados, como el del FNPSM, pues la ley no estaba obligada a prever para el aumento de la cotización en salud de dichos pensionados un mecanismo compensatorio idéntico al establecido para el sistema general de seguridad social. Deduciéndose de ello que las disposiciones de la Ley 100 de 1993 en cuanto a los aportes de salud de los pensionados resultan transversales a todos los regímenes pensionales especiales y exceptuados, incluyendo a los docentes afiliados al FNPSM.

De otra parte, aunque el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 determinó el régimen prestacional de los docentes oficiales de acuerdo con la fecha de su vinculación, no hizo tal distinción en cuanto a la tasa de cotización a salud, únicamente indicó que a los educadores afiliados al FNPSM les correspondería el valor de cotización señalada en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, disposición que fue invocada en el Acto Legislativo 001 de 2005, de rango constitucional.

En pronunciamiento de 6 de octubre de 2017, magistrado ponente Carlos Hernando Jaramillo, se desató un recurso de apelación frente a una sentencia proferida por este despacho judicial, concluyéndose que los descuentos por salud tanto de las mesadas pensionales ordinarias, como de las mesadas adicionales de los docentes oficiales se encontraban previstos en la Ley 91 de 1989, por lo que no había lugar a ordenar el reintegro ni la suspensión de los descuentos realizados a la allí demandante. Señaló el Tribunal respecto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003:

*"El artículo 81 de la referida ley, fue reglamentado parcialmente por el Decreto 2.341 de 2003, el cual en su artículo 1° 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. También, el artículo 81 de esta Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004.*

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, incluidas las adicionales, con destino a la salud.

En consecuencia, no hay lugar a ordenar el reintegro ni la suspensión de los descuentos realizados a la demandante por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, como lo decretó el A quo".

SENTENCIA NREDE núm. 134 de 4 agosto de 2020
EXPEDIENTE 19-001-33-33-008-2018-00267-00
ACTOR MARIA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS
DEMANDADO NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que la intención del legislador en ningún momento fue adicionar cargas a los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino que por el contrario, lo que se buscó fue la equiparación de las cargas de todos los pensionados, en el sentido de fijar un porcentaje a descontar por concepto de aporte a salud sobre unas mesadas que otorgan un beneficio, generándose la consiguiente obligación de contribuir al sostenimiento del sistema.

Ahora, en cuanto a un posible doble descuento cuando coinciden mesada pensional ordinaria y mesada pensional adicional, para el Despacho ello no se configura pues se trata de un descuento previsto en la Ley 91 de 1989, cuya base constitucional son los principios de universalidad y solidaridad que sustenta la actividad aseguradora en salud a cargo del Estado colombiano.

Vale la pena señalar que, a través del Decreto 1073 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, se proscribieron los descuentos sobre las mesadas pensionales adicionales de los beneficiarios en dicho régimen. Dichos descuentos se refieren a cierta tipología de créditos u obligaciones distintas a la seguridad social en salud, veamos:

"Artículo 1°. 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".

En efecto, frente a la interpretación de esta norma, en sentencia de tutela de 14 de septiembre de 2017, el Consejo de Estado señaló que los descuentos allí referidos son los que tienen que ver con las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos de empleados o de cooperativas, respecto de las cuales sí se consagra una prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas adicionales. Aclarando, que, frente a las cotizaciones obligatorias en salud, no se expresa prohibición alguna:

"Analizada esta disposición advierte la Sala, que la norma transcrita refiere a los descuentos que ella misma permite; esto es, los que tienen que ver con las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos de empleados o de cooperativas; y sobre estas deudas sí consagra la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas adicionales.

SENTENCIA NREDE núm. 134 de 4 agosto de 2020
EXPEDIENTE 19-001-33-33-008-2018-00267-00
ACTOR MARIA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS
DEMANDADO NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Pero interpreta la Sala no refiere a las cotizaciones obligatorias en salud, como lo entiende el juzgado de instancia; sino lo que se pretende con la norma es proteger al empleado para que en un solo mes no se le hagan dos descuentos destinados a pagar los créditos que están permitidos a los pensionados. Si bien es cierto, hay que aceptar que la disposición no está escrita de manera clara, examinada en contexto permite la hermenéutica que se realiza. Igualmente por lo que tal decreto señala reglamentar el contenido de las Leyes 71 y 79 de 1988, que fueron dictadas antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y que no se relacionan con los aportes obligatorios en salud."

Por su parte, el Tribunal Administrativo del Cauca, en providencia de 16 de octubre de 2015, frente a la disposición del Decreto en comento expresó que este había reglamentado 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, sin que se afectara las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989 respecto de los descuentos por salud en las mesadas pensionales ordinarias y adicionales:

*"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, la Sala 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."*

TERCERO.- Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Descendiendo al caso concreto de la señora MARÍA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS, se observa que fue vinculada al servicio docente oficial antes del 27 de junio de 2003 y a través de la Resolución nro. 277 del 25 de septiembre de 2012 le fue reconocida su pensión de vejez, al causar el derecho el 30 de mayo de 2011.

Respecto de los aportes de salud, se desprende del mismo acto administrativo, que se le impuso una carga parafiscal, consistente en que de sus mesadas pensionales se le descontaría un porcentaje para aportes en salud conforme a la ley. Igualmente, se acreditó que se venía descontando el 12 %, tanto de la mesada pensional de jubilación ordinaria, como de las mesadas adicionales de junio y diciembre, tal y como se realizó en diciembre del 2016.

Por lo anterior, a través de petición radicada el 17 de mayo de 2017, la señora MARÍA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS solicitó ante la Secretaría municipal de Popayán que los aumentos y descuentos anuales de su pensión y salud, respectivamente, debían realizarse conforme al régimen especial que cobijaba a los docentes vinculados hasta el 27 de junio de 2003; petición que no tuvo respuesta de fondo por parte del FOMAG, por lo que se generó el acto ficto negativo que se reprocha en el asunto de autos.

A partir del marco normativo expuesto, este despacho considera que aunque el régimen prestacional de la accionante de acuerdo con la fecha de vinculación al servicio docente oficial es el vigente con anterioridad al 27 de junio de 2003, para efectos de cotización a salud, a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio les corresponde el 12 % de la mesada pensional como se dispuso en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, disposición que no hizo distinción alguna frente al tipo de régimen prestacional aplicable. Por lo tanto, el

descuento por salud que se efectuó a la demandante, se hizo con fundamento en las leyes 91 de 1989, 100 de 1993 y 812 de 2003.

Tampoco se configura doble descuento de aportes a salud cuando coincide mesada ordinaria y mesada adicional, pues el descuento está previsto en la Ley 91 de 1989, de manera individual, cuya base constitucional son los principios de universalidad y solidaridad que sustenta la actividad aseguradora en salud a cargo del Estado colombiano, y no corresponde a deducciones prohibidas contenidas en el Decreto 1073 de 2002.

Por último, en cuanto a la pretensión de reajuste de la mesada pensional con base en el salario mínimo legal anual bajo los términos del artículo 1º de la Ley 71 de 1988, debemos recordar que el artículo 53 de la Constitución Política prescribe que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales, y en desarrollo de este postulado tal reajuste se efectúa conforme al IPC, según fue previsto por el legislador en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, aspecto unificador y transversal a todas las pensiones.

"ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.

PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno nacional podrá establecer mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que podrían tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida de que tratan los artículos 80 y 82 de esta ley cuando el aumento del salario mínimo mensual legal vigente sea superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para el respectivo año. El Gobierno nacional determinará los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura. El Consejo Superior de Política Fiscal (Confis) otorgará aval fiscal para estas coberturas."

El Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, en su artículo 40 incorporó al sistema general de pensiones tanto a los pensionados del sector privado, como del público, sin embargo, no incorporó a los pensionados excluidos en la Ley 100 de 1993:

"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".

SENTENCIA NREDE núm. 134 de 4 agosto de 2020
EXPEDIENTE 19-001-33-33-008-2018-00267-00
ACTOR MARIA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS
DEMANDADO NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de los docentes deben incrementarse en la forma prevista en la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, señalando que los docentes deben excluirse de la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en respeto a beneficios, prerrogativas y derechos adquiridos, afirmaciones frente a la cual debe indicarse que en el presente caso tal como se señaló, el estatus pensional de la señora MARÍA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS fue adquirido en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que implica que el sistema definido por esa normatividad podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 2006, al señalar:

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

Siguiendo entonces la pauta del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente se reajustarán con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno Nacional, salvo, cuando la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, para el año inmediatamente anterior a aquél en que se vaya a efectuar el reajuste de las pensiones, sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo mensual, evento en el cual se efectuará el aumento conforme al IPC.

Es decir, que, a juicio de este despacho, si bien, el Decreto 692 de 1994, al igual que lo hizo el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, excluyó a los docentes de la aplicación de dichas normas, ese aspecto no aplica para el porcentaje de incremento anual de las pensiones, pues ello va encaminado a asegurar el poder adquisitivo de las mismas, en virtud del principio de solidaridad y justicia social frente a quienes su pensión equivale al mencionado salario mínimo.

Bajo ese entendido, las mesadas pensionales superiores al salario mínimo legal mensual se ajustan por disposición legal conforme al IPC, y, por tanto, no le asiste razón a la demandante cuando estima que se le hace extensivo el régimen general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, pues el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el legislador está habilitado, para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

Asentado en esto el Despacho declarará la legalidad del acto administrativo acusado y procederá a negar las pretensiones de la demanda.

SENTENCIA NREDE núm. 134 de 4 agosto de 2020
EXPEDIENTE 19-001-33-33-008-2018-00267-00
ACTOR MARIA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS
DEMANDADO NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3.- Costas.

Conforme el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, salvo en los procesos en que se ventile un interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Respecto a las agencias en derecho, siguiendo la pauta del Consejo de Estado y acogiendo lo dispuesto por el Tribunal Administrativo del Cauca³, se fijarán agencias en derecho, para lo cual es preciso hacer remisión a lo dispuesto por el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, así como al numeral 3 del artículo 366 del CGP. Se fijan en el equivalente al 0.5 % de las pretensiones de la demanda.

4.- Decisión.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto.

SEGUNDO.- Condenar en costas a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. Liquidense por secretaría.

Se fijan las agencias en Derecho en la suma equivalente al 0.5 % de las pretensiones de la demanda, las que serán tenidas en cuenta al momento de liquidar las costas.

TERCERO. - Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso y con el artículo 8 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

CUARTO. - Archivar el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre ejecutoria esta providencia. Por secretaría liquidense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Juez,



ZULDERLY RIVERA ANGULO

ZULDERY RIVERA ANGULO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO POPAYAN

³ Entre otras, ver sentencia 006-2014 del 30 de enero de 2014 Magistrado Ponente: Naun Mirawal Muñoz Muñoz dictada dentro del expediente 19001333100820120019001 Demandante Jefferson Felipe López Samboní, Demandado INPEC - Medio de Control Reparación Directa -Segunda Instancia.

SENTENCIA NREDE núm. 134 de 4 agosto de 2020
EXPEDIENTE 19-001-33-33-008-2018-00267-00
ACTOR MARIA GUIOMAR RIASCOS RIASCOS
DEMANDADO NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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:

7195d9ac9e70dda266a83d55c83975a07c9d5c172219e47a7be96c5196dcb53c

Documento generado en 04/08/2020 10:52:41 a.m.