



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Teléfono: 8240802 - Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta (30) de octubre de 2020

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2019-00090-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: FREDY ARMANDO VELASCO FERNANDEZ
DEMANDADO: NACIÓN– MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

SENTENCIA núm. 208

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda.

El señor Fredy Armando Velasco Fernández, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, 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 administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta a la petición presentada el 18 de julio de 2017, y en consecuencia, se declare la existencia del silencio administrativo negativo.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad accionada la reliquidación anual de su pensión, con base en lo dispuesto en las leyes 91 de 1989 y 71 de 1988, por pertenecer al régimen especial docente, es decir, en el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual desde que se hizo exigible su derecho y a futuro; asimismo, se realice la devolución de lo descontado en exceso al 5 % para aportes en salud, tanto de las mesadas ordinarias, como las adicionales, conforme a las leyes 91 de 1989 y 812 de 2003; se cancele el valor del retroactivo, que dichas sumas sean debidamente indexadas, se reconozcan intereses corrientes y moratorios y se condene en costas y agencias en derecho.

En síntesis, como base fáctica de las pretensiones, se afirmó que el docente Velasco Fernández se vinculó al servicio oficial docente antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y cumplió con los requisitos para acceder a su pensión, siendo reconocida mediante Resolución nro. 1817 de 19 de julio de 2010. Que de dicha mesada se le viene descontando el valor de 12 % para el servicio de salud, incluidas las mesadas adicionales.

Señala que, frente a la devolución del valor en exceso de los aportes para salud, superiores al 5 %, no le resultan aplicables las reglas establecidas en la Ley 100 de 1993, por estar expresamente excluidos de esta los docentes afiliados al FOMAG. Y en cuanto al porcentaje para ajustar anualmente la pensión de jubilación, se señala que los docentes pertenecen a un régimen especial, cuya normatividad establece que se debe reajustar las mesadas pensionales conforme al incremento anual del salario mínimo mensual legal.

Presentó derecho de petición ante la entidad accionada, sin embargo, no se dio respuesta de fondo, mediante Oficio nro. 4.0-2017-4230 de 4 de agosto de 2017 solamente se dio traslado de la solicitud a la Fiduprevisora S.A.

Como normas violadas se invoca el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25 parágrafo transitorio 5, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política, artículo 1° Ley 71 de 1988, leyes 33 de 1985, 91 de 1989 artículo 15 numeral 2 literal A, Ley 115 de 1994,

artículo 279 Ley 100 de 1993, artículo 12 Decreto 196 de 1995, artículo 4 Ley 700 de 2001, artículo 9 parágrafo 1 Ley 797 de 2003, artículo 81 Ley 812 de 2003, Ley 1151 de 2007.

En el concepto de violación, se argumentó que se han infringido disposiciones constitucionales y de rango de ley, lo que afecta de nulidad del acto administrativo ficto negativo por falta de aplicación de las normas que rigen la materia, los principios de favorabilidad laboral, la condición más beneficiosa y de inescindibilidad, atendiendo la fecha de vinculación de la accionante al servicio docente oficial, desconociendo la forma en que debe ser ajustada anualmente la pensión de jubilación, así como el valor del descuento de los aportes para salud, que deben realizar los docentes pensionados, aplicando un valor mayor.

1.2.- Contestación por parte de la Nación– Ministerio de Educación– FOMAG.

La entidad accionada dentro del término de traslado contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones de la misma, considerando que, aunque el sector oficial docente tenga un régimen especial, con base en la Ley 91 del 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe realizar el descuento de los aportes para salud tanto de las mesadas ordinarias, como de las adicionales.

Aclara que, la Ley 812 de 2003 no modificó el régimen pensional docente, pero si realizó cambios respecto de los aportes al sistema de seguridad social de los docentes, dando alcance a la aplicación de la Ley 100 de 1993 frente a este aspecto.

Propuso las excepciones: “Presunción de legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”, “Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico”, “Cobro de lo no debido” y la “excepción genérica”.

1.3.- Relación de etapas surtidas.

La demanda fue presentada el 22 de abril de 2019, admitida mediante auto interlocutorio núm. 457 de 29 de mayo de 2019, procediendo a su debida notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

La Nación– Ministerio de Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda dentro del término legal y se corrió traslado de las excepciones propuestas a la parte actora el 13 de marzo de 2020, sin pronunciamiento de la parte accionante.

Se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, sin embargo, en virtud del Decreto 806 de 2020 y en atención a la emergencia sanitaria presentada, se procedió a correr traslado para presentar alegaciones finales a los sujetos procesales por escrito, mediante auto núm. 495 de 24 de agosto de 2020.

1.4.- Los alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público.

El apoderado de la parte actora se sostuvo en los argumentos expuestos en la demanda, y apoyado en jurisprudencia del Consejo de Estado, señaló que de acuerdo a la fecha de vinculación del docente, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su situación pensional debe regirse por las normas anteriores a esta ley, es decir, por la Ley 91 de 1989, señalando que la aplicación de la Ley 100 de 1993 en el tema de aportes en salud se debe realizar a los nuevos docentes, vinculados con posterioridad al año 2003 y que se encuentren aún en servicio, puesto que en el caso del señor Velasco Fernández, los aportes en salud debe realizarlos solo él y no en porcentaje con el empleador, por tanto concluyó, que los descuentos para aportes en salud que debe realizarse a la pensión del actor debe ser solo del 5 %.

En cuanto al reajuste anual de la mesada pensional, reiteró que teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema pensional especial, se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, y, por tanto, dicho incremento debe realizarse con base en el

incremento del salario mínimo legal mensual y no con el IPC, en virtud del principio de favorabilidad, por tanto, debe darse aplicación a la Ley 71 de 1988.

La mandataria judicial de la entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en esta etapa del juicio hizo referencia a la normativa y jurisprudencia respecto del régimen pensional de los docentes y señaló que para todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial su régimen pensional sería el establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1989, sin embargo, señaló que con la mencionada Ley 812 no se cambió dicho régimen, pero si se ampliaron los porcentajes de los descuentos destinados para salud, los cuales se realizarían tanto de las mesadas ordinarias, como las adicionales y en los porcentajes establecidos en la Ley 100 de 1993.

La señora representante del Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por la naturaleza del asunto, la cuantía de las pretensiones y el último lugar donde prestó el servicio el accionante, 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 el señor FREDY ARMANDO VELASCO FERNÁNDEZ no ha caducado atendiendo que se trata de la solicitud de reliquidación de una prestación periódica.

2.2.- Problema jurídico.

El problema jurídico se centrará en determinar la legalidad del acto administrativo ficto demandado, para establecer si le asiste razón al señor FREDY ARMANDO VELASCO FERNANDEZ en cuanto a si es procedente el descuento del 5 % de la mesada pensional destinado para salud y la consecuente devolución de lo descontado en exceso a dicho porcentaje.

Igualmente se analizará 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 un régimen pensional especial, en cuanto al descuento del valor de los aportes para salud y el incremento anual de la mesada pensional, le son aplicables las normas señaladas en 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 1.073 de 2002 frente a la prohibición expresa de efectuar descuentos en las mesadas pensionales adicionales.

- ✓ Sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca, radicado 201400133-01, 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 06 de octubre de 2017, magistrado ponente Carlos Hernando Jaramillo Delgado, radicado 201500315-01. 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 nro. 1817 de 19 de julio de 2010, la Secretaría de Educación del municipio de Popayán le reconoció pensión de jubilación al señor Fredy Armando Velasco Fernández, ordenando las deducciones consagradas en las leyes 91 de 1989, 812 de 2003 y 1122 de 2007.
- ❖ En la misma resolución se ordenó el reajuste anual de la pensión conforme las leyes 71 de 1988 y 100 de 1993, aplicada en virtud de la Ley 235 de 1995.
- ❖ De acuerdo con comprobante de pago allegado por el parte accionante, se le descontó en el mes de mayo de 2017 el 12 % por aportes a salud respecto de la pensión de jubilación.
- ❖ El 18 de julio de 2017 fue radicada petición ante la Secretaría de Educación y Cultura de Popayán, mediante la cual el señor VELASCO FERNANDEZ 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 2017 RE 9340 de 8 de agosto de 2017, el Secretario de Educación de Popayán no resolvió de fondo la petición elevada por el señor Fredy Armando Velasco Fernández, limitándose a informarle sobre la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, surgiendo así el acto ficto demandado.

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 citado 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 1.250 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"*.

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, 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.

Por todo lo antedicho, es importante decir que, aun cuando les es aplicable a los docentes el porcentaje de aportes en salud, no dejan de poseer un régimen especial en materia de seguridad social en salud, según lo visto hasta el momento, y que, la obligación que les

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 parágrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 60 de la Ley 797 de 2003."

asiste a los docentes, de realizar los aportes al sistema, aun de sus mesadas adicionales, acompañándose a la interpretación armónica de las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, y 812 de 2003, con los montos establecidos y sobre las mensualidades recibidas de forma individual.

En pronunciamiento de 6 de octubre de 2017, con ponencia del 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".

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 al 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:

"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 trascrita 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.

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 del señor FREDY ARMANDO VELASCO FERNANDEZ, se observa que fue vinculado al servicio docente oficial antes del 27 de junio de 2003, esto es, en el año 1974 y a través de la Resolución nro. 1917 de 19 de julio de 2010 le fue reconocida su pensión de vejez, al causar el derecho el 27 de noviembre de 2008.

Respecto de los aportes a 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. Y se acreditó también, que, por ese concepto se venía descontando el 12 % de la mesada pensional, tal y como se realizó en mayo del año 2017.

A partir del marco normativo expuesto, este despacho considera que aunque el régimen prestacional del 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.

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, y no corresponde a deducciones prohibidas contenidas en el Decreto 1073 de 2002.

Finalmente, 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 incremente 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."

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado, en sentencia de 17 de agosto de 2017, radicación interna 3294-143, estudiando demanda de nulidad, encaminada a estudiar la legalidad del Decreto 692 de 29 de marzo de 1994 «por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993», señaló que el reajuste de las pensiones no es un derecho adquirido, y por tanto, el sistema establecido en la Ley 100 de 1993, podía regular la proporción del incremento de las prestaciones pensionales, dicho argumento lo basó, en la decisión de constitucionalidad emanado de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-110 de 1996, llegando a la siguiente conclusión:

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

ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[...]»

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, 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 el Decreto 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó a los docentes de la aplicación de dichas normas, se considera que dicho aspecto no aplica entre otros aspectos, para el porcentaje de incremento anual de las pensiones, ello encaminado a asegurar el poder adquisitivo de las pensiones, 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 al 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 se procederá a negar las pretensiones de la demanda, habida cuenta que, a pesar de haberse demostrado que el demandante se encuentra devengando la pensión de jubilación, y que se le vienen realizando los descuentos por salud sobre dicha prestación con destino a la financiación del servicio de salud, de acuerdo a lo ordenado en el acto de reconocimiento, es claro la imposibilidad frente a la devolución de los dineros que ya fueron descontados por tal concepto, así como tampoco es dable ordenar que no se sigan efectuando los mismos, por cuanto dichos aportes, se insiste, hacen parte de los que fueron ordenados por la entidad en el acto de reconocimiento de la referida pensión y por cuanto estos son legales, encontrándose entonces, que no se configura ninguna causal que amerite la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado; asimismo, por cuanto el incremento anual de la pensión de jubilación de la accionante se encuentra ajustado a la normativa aplicable al sector docente.

En conclusión, se despacharán en forma negativa las pretensiones de la demanda.

3.- COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se registrarán 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 Cauca, 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 fijarán en el equivalente al 0.5 % de las pretensiones de la demanda.

4.- DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones denominadas “Presunción de legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”, “Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico”, y “Cobro de lo no debido”, propuestas por la entidad accionada, por lo expuesto.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme lo señalado en esta providencia.

TERCERO: Se condena en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por Secretaría.

Las agencias en derecho se fijan en el 0.5 % del valor de las pretensiones de la demanda, según lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: 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.

QUINTO: 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 Jueza,


ZULDERY RIVERA ANGULO