

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI**

Santiago de Cali, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA N° 82.

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
RADICACIÓN:	76001-33-33-001-2019-00150-00
DEMANDANTE:	PUBLIO OLIVER PEÑA CUELLAR
DEMANDADOS:	NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FOMAG y DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

I. ANTECEDENTES.

El señor PUBLIO OLIVER PEÑA CUELLAR a través de apoderado judicial en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró demanda contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA con el propósito de dar trámite a las siguientes:

1. PRETENSIONES.

1.1. Que se declare la nulidad del acto ficto negativo surgido como consecuencia de la petición presentada el día 9 de febrero de 2018, por medio de la cual solicitó ante las entidades accionadas:

- La devolución de los valores superiores al 5% que bajo el título de aportes para salud le han sido aplicados a las mesadas ordinarias y adicionales de junio y diciembre.
- Que se ordene que los incrementos anuales que se le aplican a su pensión de jubilación, sean en la misma proporción al porcentaje decretado por el Gobierno Nacional para reajustar el salario mínimo mensual legal y no con base en el I.P.C. reportado por el DANE para cada año.

1.2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se reconozca que la parte demandante pertenece al régimen exceptuado

consagrado en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, por estar vinculada a la educación oficial docente desde antes del 27 de junio de 2003 y en efecto de ello se declare que:

1.2.1. La parte demandante tiene derecho a que se le reintegren los descuentos pensionales por concepto de salud que excedan del 5% de las mesadas ordinarias y adicionales de junio y diciembre de conformidad con el numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, ordenándose cesar el descuento en la cuantía del 12%.

1.2.2. Que la mesada pensional de la parte demandante debe reajustarse anualmente en el porcentaje en que cada año es incrementado el salario mínimo legal mensual, con base en lo establecido en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, desde el momento de adquisición de su status jurídico de pensionada y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

1.2.3. Que las sumas que resulten de la correspondiente reliquidación sean indexadas y se disponga el pago a favor de la demandante de las diferencias que resulten a su favor.

1.2.4. como pretensión subsidiaria solicitó que se ordene lo siguiente:

El reintegro a la demandante de los dineros que bajo el rotulo de E.P.S. le han descontado en las mesadas adicionales de junio y diciembre, los cuales equivalen al 12% respecto del valor de la mesada pensional devengada.

Que se ordene a la parte accionada no continuar realizando descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

2. HECHOS.

2.1. La parte demandante se vinculó como docente oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003 y una vez cumplió con los requisitos exigidos por la ley el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG le reconoció una pensión de jubilación a través de la resolución N° 2272 de 30 de septiembre de 2010 y determinó el monto de la mesada pensional en un equivalente a \$1.966.130.

2.2. En la actualidad el FOMAG descuenta a la mesada pensional un 12% por conceptos de aportes de salud incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

2.3. La mesada pensional se incrementa anualmente con base en lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en el porcentaje correspondiente al IPC certificado por el DANE.

2.4. El 9 de febrero de 2018 se presentó petición ante el FOMAG – Secretaria de Educación del Departamento del Valle del Cauca, solicitando la aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989 con el propósito de obtener una disminución en el porcentaje de los aportes destinados a la prestación del servicio de salud en un equivalente al 5%.

Adicionalmente se solicitó la aplicación del artículo 1 de la ley 71 de 1988 para determinar el incremento anual de la mesada que percibe la parte demandante y

de esta manera lograr una actualización de valor equivalente a la fijada cada año para el salario mínimo mensual legal vigente.

A título subsidiario se solicitó que en el evento que se determine que los aportes en salud se encuentran regulados por el régimen general de pensiones, no se realicen descuentos respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre y se ordene el reintegro de los valores cobrados por dicho ítem.

2.5. La anterior petición no fue resuelta de fondo por parte de la entidad accionada situación por la cual se alega la configuración de un acto administrativo presunto negativo.

3. NORMAS TRANSGREDIDAS Y CONCEPTO DE VULNERACIÓN.

Con la demanda, se afirma que el acto administrativo acusado desconoce las siguientes normas:

- Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política.
- Artículo 137 de la ley 1437 de 2011 referente a las causales generales de nulidad de los actos administrativos.
- Artículo 1 de la ley 71 de 1988.
- Ley 33 de 1985.
- Artículo 15 numeral 2 de la ley 91 de 1989.
- Artículo 115 de la ley 115 de 1994.
- Artículo 279 de la ley 100 de 1993.
- Artículo 12 del Decreto 196 de 1995.
- Artículo 4 de la ley 700 de 2001.
- Artículo 9 parágrafo 1 de la ley 797 de 2003.
- Artículo 81 de la ley 812 de 2003.
- Artículo 160 de la ley 1151 de 2007.
- Parágrafos transitorios No. 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Bajo el anterior contexto normativo, se afirma que en el presente caso se desconocen las garantías establecidas en la Constitución Política y su preámbulo al afectarse los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social al mínimo vital móvil y el principio de favorabilidad.

El artículo 81 de la ley 812 de 2003 delimitó el régimen pensional de los docentes oficiales teniendo en cuenta su fecha de vinculación al servicio. Esta norma estableció que hacen parte del régimen exceptuado las personas vinculadas antes del 27 de junio de 2003 a quienes en materia pensional les resulta aplicable el régimen consagrado en las leyes 91 de 1989 y 33 de 1985.

Bajo este régimen, las entidades que administran el pago de la prestación pensional están obligadas a efectuar descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud en un monto de cotización del 5% y no del 12% como lo ha venido haciendo la parte demandada.

Si bien el artículo 81 de la ley 797 de 2003 incrementó la cotización en salud de

los docentes vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio al 12%, dicho aumento no opera frente al grupo de personas que se vinculó con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma, esto es, el 27 de junio de 2003.

Afirma que conforme a lo establecido por el parágrafo 1 del acto legislativo 01 de 2005 la modificación introducida por la ley 812 de 2003 solo resulta aplicable a la situación pensional de los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la norma y se rige por lo establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Esta situación ha sido confirmada por los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado No. 1857 del 10 de septiembre de 2009 y el No. 1988 del 11 de marzo de 2010.

En cuanto al ajuste anual de la pensión de jubilación de los docentes sostiene que quienes fueron vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 se encuentran exceptuados de la ley 100 de 1993 y por ende el incremento de la prestación pensional debe efectuarse conforme a las reglas determinadas para dicho régimen.

En consecuencia, considera que el incremento se encuentra regulado por la ley 71 de 1988 normatividad que ordena incrementar anualmente la mesada pensional en el mismo porcentaje decretado por el gobierno nacional para el reajuste del salario mínimo. Sin embargo, en el caso de la parte actora se ajusta con base en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir conforme al IPC, situación que conlleva a una disminución gradual del valor de la prestación pensional.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

4.1. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO – FOMAG

El régimen pensional de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 820 de 2003 se encuentra contemplado en la ley 91 de 1989.

El artículo 8 de la ley 91 de 1989 consagró que los descuentos para la prestación del servicio de salud de los docentes pensionados equivalían al 5% de cada una de las mesadas percibidas incluidas las adicionales de junio y diciembre.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del artículo 81 de ley 820 de 2003 se modificó el porcentaje destinado para aportes de salud incrementando el descuento a cargo del personal en servicio y de los pensionados del 5% al 12%.

En este contexto, la entidad accionada sostiene que la modificación introducida por el artículo 81 de ley 820 de 2003 únicamente afectó el porcentaje que se aplica a las mesadas pensionales y no tuvo el alcance para derogar la regla consagrada en el artículo 8 de ley 91 de 1989 que establece que los descuentos en salud cobijan a las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Para justificar el anterior argumento, se afirma que la Corte Constitucional en la sentencia C – 369 de 2004 al revisar la constitucionalidad del mencionado artículo 81 de ley 820 de 2003 determinó que existen diferencias entre el régimen

prestacional y el régimen de cotización aplicable a los docentes pensionados.

De esta forma, se establece que la regla consagrada en el artículo 8 de la ley 91 de 1989 hace parte del régimen prestacional de los docentes y que el artículo 81 de la ley 812 de 2003 pertenece al régimen de cotización por lo cual a partir de dicha diferenciación puede inferirse que la última norma mencionada no derogó la regla que afectada a las mesadas adicionales como objeto de descuento para la prestación del servicio de salud.

4.2. DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

La entidad territorial accionada presentó contestación a la demanda afirmando que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva para responder por las prestaciones de la demanda toda vez que el reconocimiento y pago de la totalidad de prestaciones sociales de los docentes se encuentra a cargo del FOMAG.

En consecuencia, lo relacionado a la liquidación y al incremento anual del derecho pensional, así como de los descuentos aplicados para la prestación del servicio de salud, son aspectos definidos por la entidad encargada de la administración de dichas prestaciones económicas y no hacen parte de las competencias asignadas por la ley a las entidades territoriales.

5. TRÁMITE DEL PROCESO.

En el presente caso, mediante auto de 22 de agosto de 2019 (fl. 33) se admitió la demanda y se dispuso vincular a las entidades accionadas.

Por medio de providencia de 4 de agosto de 2020, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto 806 de 2020 y teniendo en cuenta que en el caso concreto los elementos aportados con la demanda y en su contestación resultan suficientes para proferir sentencia, se procedió a su incorporación como medios de prueba válidos y se negó la solicitud probatoria efectuada por la parte accionante.

Posteriormente, en aplicación de los parámetros procesales determinados por el Consejo de Estado en auto de 19 de agosto de 2020¹ se procedió a correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandante:

Para dar solución al caso concreto es necesario diferenciar los conceptos de aporte y cotización.

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020) Radicación: 110010326000201700063-00 (59256).

A juicio de la parte accionante el aporte es un pago efectuado de forma exclusiva por el personal pensionado y el cual es descontado de su mesada pensional para apoyar el sistema solidario de salud.

De otro lado, la cotización es un pago compartido entre empleador y trabajador y se efectúa mientras la relación laboral se encuentra vigente.

Cuando un docente consolida su derecho pensional pierde la calidad de afiliado y por lo sus contribuciones al sistema de salud pasan de ser cotizaciones para convertirse en aportes.

En este contexto, tanto la cotización como el aporte son obligaciones autónomas que no se pueden separar del régimen pensional en que se encuentran reguladas y solo se pueden modificar a través de una reforma legal que remplace de manera íntegra el sistema.

Con la expedición de la ley 812 de 2003 no se modificó el régimen pensional exceptuado de los docentes y solo se limitó su vigencia a los vinculados hasta el 26 de junio de 2003, tal como se ratificó en el Acto Legislativo 01 de 2005.

La Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre el porcentaje que deben aportar los docentes para el sistema de salud, en atención a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005 y concluyo que los docentes que se vincularon con anterioridad al 27 de junio de 2003 deben aportar un monto equivalente al 5% de todas sus mesadas, incluidas las adicionales.

En segundo término y frente a la pretensión de reajuste de la mesada pensional conforme al incremento señalado anualmente por el Gobierno Nacional para el salario mínimo en aplicación de la ley 71 de 1988, la parte accionante señala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la posibilidad de aplicar en este tipo de eventos la norma que resulte más favorable al pensionado.

Sobre el particular, se considera que los docentes se encuentran en una situación jurídica equivalente a los miembros de la Fuerza Pública que hacen parte de un régimen exceptuado de la ley 100 de 1993 y frente a los cuales el precedente del Consejo de Estado ha reconocido la posibilidad de aplicar la norma que resulta más favorable para efectos de establecer el incremento anual de su prestación pensional.

6.2. Parte demandada – Departamento del Valle del Cauca:

La entidad territorial accionada presentó alegatos de conclusión ratificando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda frente a su falta de legitimación en la causa por pasiva para responder por las pretensiones de la demanda.

Adicionalmente, de forma extemporánea, formuló la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario indicando que en el presente caso debía integrarse al municipio de Santiago de Cali teniendo en cuenta que el cargo desempeñado por la parte accionante fue trasladado a la planta de personal de dicha entidad en razón al proceso de descentralización del servicio de educación implementado por la ley 715 de 2001.

6.3. Ministerio Público:

La representante del Ministerio Público solicitó negar las pretensiones de la demanda afirmando que los descuentos realizados a la parte actora por concepto de aportes en salud sobre el 12% de las mesadas pensionales, incluyendo las adicionales de junio y diciembre, se encuentran ajustados al principio de legalidad.

Este aspecto se encuentra regulado por el sistema general de seguridad social en salud con independencia que los docentes gocen de un régimen especial de pensiones.

Aunque el porcentaje de aportes en salud fue inicialmente contemplado en el numeral 5 artículo 8 de la ley 91 de 1989 sobre el 5% de las mesadas pensionales, extensivo a las adicionales, éste varió al 12% en aplicación de lo dispuesto en el artículo 81 de la ley 812 de 2003 que posteriormente reguló esta materia de forma específica.

Este incremento resulta aplicable a los docentes, teniendo en cuenta que éstos están llamados a cumplir con el principio de solidaridad y sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Si bien es cierto que el parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002, prohibió el descuento a las mesadas pensionales adicionales consagradas en los artículos 50 y 142 de la ley 100 de 1993, también lo es que la ley 91 de 1989, norma especial para los docentes, autorizó el descuento del 5% de las mesadas percibidas incluyendo las adicionales.

II. CONSIDERACIONES.

1. EXPECIONES FORMULADAS POR EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

1.1. Falta de integración de litisconsorcio necesario.

Con los alegatos de conclusión la apoderada del departamento del Valle del Cauca formuló de forma extemporánea la excepción previa que denominó como "*falta de integración de litisconsorcio necesario*" afirmando que la parte demandante pertenece a la planta de personal del municipio de Santiago de Cali y por ende debía vincularse a dicha entidad al trámite del proceso.

En relación a la finalidad de los alegatos de conclusión y la imposibilidad de presentar en dicha etapa procesal mecanismos de defensa como las excepciones previas, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia de 23 de abril de 2020² en los siguientes términos:

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Bogotá D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil veinte (2020) Radicación número: 11001-03-24-000-2011-00003-00.

(...) En ese escenario, la Sala recuerda que los alegatos de conclusión constituyen la oportunidad procesal otorgada a las partes para que, si a bien lo tienen, manifiesten sus impresiones respecto de lo ocurrido en el proceso y expresen al juez cuál debe ser, en su sentir, la conclusión a la que debe llegar luego de analizar los fundamentos de hecho, de derecho y el acervo probatorio, lo cual no implica la posibilidad de adicionar los cargos o argumentos de defensa, pues ello comprometería el debido proceso, como quiera que la otra parte no tendría oportunidad de oponerse a esos nuevos argumentos (...) Subrayado por el Despacho.

En este contexto, se infiere que en el presente caso el departamento del Valle del Cauca formuló la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario de forma extemporánea, en una etapa procesal que no se encuentra contemplada para la adición de nuevos argumentos de defensa.

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptase que la excepción fue propuesta en término legal, se encuentra que no se encontraría llamada a prosperar toda vez que el acto de reconocimiento pensional de la parte actora fue expedido por el departamento del Valle del Cauca situación que desvirtúa la presunta pertenencia a la planta de personal del municipio de Santiago de Cali.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para considerar improcedente la resolución *“falta de integración de litisconsorcio necesario”*.

1.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento del Valle del Cauca.

De forma oportuna, con la contestación de la demanda, la entidad territorial accionada formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva afirmando que el reconocimiento y pago de la totalidad de prestaciones sociales de los docentes se encuentra a cargo del FOMAG.

En este contexto y teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda se dirigen a controvertir aspectos relacionados con el derecho pensional del accionante como su incremento anual y los descuentos aplicados para la prestación del servicio de salud se considera que el ente territorial no se encuentra legitimado para dar cumplimiento a una eventual condena.

Para resolver la excepción planteada debe tenerse en cuenta que la ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en su artículo 5 estipuló:

(...) Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado (...)

La ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, dispuso:

(...) ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial. (...)

Sobre la intervención de las entidades territoriales en el trámite de reconocimiento de las pensiones de los docentes y su falta de legitimación en la causa para responder por las obligaciones derivadas de este tipo de prestaciones la Sección Segunda del Consejo de Estado se pronunció en sentencia de 26 de febrero de 2020³ en los siguientes términos:

(...) Según las normas transcritas, las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios la docente peticionaria, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional de la docente interesada, según la normatividad vigente

En ese orden de ideas, si bien la Secretaría de Educación del ente territorial interviene, lo cierto es que en el caso de reconocimiento pensional, actúa en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, como la encargada de elaborar el proyecto de resolución que reconoce o niega la prestación social, resolución que con posterioridad debe ser aprobada o no por la sociedad fiduciaria, quien administra los recursos del Fondo de Prestaciones.

En consecuencia, acorde con lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la Sala de Subsección considera que la entidad responsable del reconocimiento pensional solicitado por la señora LUZ ELENA PÉREZ PALACIO es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y no la entidad territorial, de modo que la falta de legitimación en la causa por pasiva formulada en el recurso de apelación no está llamada a prosperar (...)

De lo anterior se puede concluir que los entes territoriales actúan como facilitadores para que los docentes tramiten el reconocimiento y pago de su pensión a través de la elaboración del proyecto de acto administrativo.

Sin embargo, dicha intervención no implica que la obligación de realizar los descuentos por salud y fijar los incrementos anuales de la prestación pensional se traslade a las entidades territoriales, toda vez que estos aspectos son determinados de acuerdo a las decisiones adoptadas por el FOMAG al momento de aprobar el proyecto de acto administrativo y efectuar el pago de la actualización del valor de la mesada. En consecuencia, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa formulada por el departamento del Valle del Cauca.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00595-01(3475-15)

2. PROBLEMA JURÍDICO.

De los argumentos expuestos en la demanda y su contestación se advierte que en el presente caso el problema jurídico se esquematiza en los siguientes puntos a resolver:

2.1. Si la parte demandante, quien laboró como docente oficial, tiene derecho al reajuste anual de su pensión vitalicia de jubilación en la misma proporción en que el Gobierno incrementa el salario mínimo en aplicación de lo dispuesto por la ley 71 de 1988.

2.2. Si es procedente el reintegro a la parte actora de los descuentos superiores al 5% que a título de aportes de seguridad social por concepto de salud se le descuentan de las mesadas pensionales ordinarias y de las adicionales de junio y diciembre.

Para resolver los cuestionamientos planteados, el Despacho procederá al análisis del caso en el siguiente orden:

- (i)** Régimen legal sobre el incremento pensional.
- (ii)** Descuentos de salud en las mesadas ordinarias y adicionales de los docentes.
- (iii)** Lo probado en el proceso.
- (iv)** Caso en concreto.

3. REAJUSTE ANUAL DE LA MESADA PENSIONAL DEVENGADA POR LOS DOCENTES.

A través de la ley 4 de 1976 se establecieron normas destinadas a regular las prestaciones pensionales devengadas por los servidores de los sectores público oficial, semioficial y privado incluyendo un mecanismo de actualización del valor de las mesadas devengadas por los beneficiarios.

Por medio del artículo 1 de la ley 71 de 1988, se modificó el mecanismo de previsto por la ley 4 de 1976 estableciendo que el incremento de las mesadas pensionales se efectuaría en un equivalente al reajuste establecido para el salario mínimo legal:

(...) ARTICULO 1o. 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.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo. (...)

Con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en

pensiones se introdujeron nuevos parámetros para el reajuste del valor de las mesadas pensionales. Sobre el particular, el artículo 14 de la ley 100 de 1993, prevé lo siguiente:

(...) 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" (...) Subrayado por el Despacho.

El aparte final del artículo 14 de la ley 100 de 1993, previamente señalado, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-387 de 2004, en la cual se precisó lo siguiente:

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

Respecto a la aplicabilidad del reajuste previsto por la ley 71 de 1988 luego de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en pensiones, el Consejo de Estado en providencia del 18 de junio de 2018, sostuvo⁴:

(...) el reajuste de que trata la Ley 71 de 1988 es aplicable para aquellas pensiones que quedaron cobijadas bajo dicha regulación, hasta la fecha en que entró a regir el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 289⁵, pues a partir del 1º de enero de 1995 o de 1996 según sea el caso⁶, las pensiones serán ajustadas conforme lo manda el artículo 14 (...) Subrayado por el Despacho.

De acuerdo a los parámetros normativos y jurisprudenciales enunciados se infiere que con la expedición de la ley 100 de 1993, se modificó el mecanismo de actualización consagrado por el artículo 1 de la ley 71 de 1988, el cual sólo

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00266-01(1091-17) Actor: Saúl Del Cristo Burgos Durango y Otras Demandado: Departamento de Córdoba.

⁵ Ley 100 de 1993. [...] ARTICULO. 289. -Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5º de la ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7º de la ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen.

⁶ Bien cuando se trate de pensiones nacionales o territoriales.

resulta aplicable a los derechos pensionales consolidados durante su vigencia.

4. DESCUENTOS DE SALUD DE LAS MESADAS ORDINARIAS Y DE LAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE DE LOS DOCENTES.

4.1. La regulación de los descuentos en salud aplicables al personal docente.

A los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio hasta el 26 de junio de 2003 les resulta aplicable un régimen especial, de acuerdo a lo previsto en el artículo 279⁷ de la ley 100 de 1993, el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 y el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, que señala:

(...) Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio Público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. 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, la norma que se encontraba vigente con anterioridad a 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 para la prestación del servicio de salud un porcentaje equivalente al 5% de lo devengado en los siguientes términos:

(...) 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. (NFT)

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2 (...) Subrayado por el Despacho.

Ahora bien, pese al carácter exceptuado del régimen prestacional docente este artículo posteriormente fue modificado por el artículo 81 de la ley 812 de 2003, incrementando la **tasa de cotización a un 12%**, dejando vigente el resto de su contenido, así:

⁷ ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

(...) 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 (...)

Este artículo, posteriormente fue reglamentado parcialmente por el decreto 2341 de 2003, cuyo 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, **sin que esta disposición pueda ser interpretada como una inclusión de la categoría de docentes pensionados en el régimen general de pensiones**, del cual están exceptuados conforme quedó expresado.

El inciso 4 del artículo 8 de la Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369 de 2004 bajo las siguientes consideraciones:

(...) 6- La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado.

Así, 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. (...) Subrayado por el Despacho.

Así las cosas, de acuerdo al precedente Constitucional a todos los docentes pensionados les fue incrementado el monto de la cotización al sistema de salud del 5% inicialmente contemplado en la ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, posteriormente con las modificaciones introducidas por la ley 1122 de 2007 en 12.5%, y finalmente, por virtud de la ley 1250 de 2008 en un porcentaje del 12%.

4.2. Las mesadas adicionales de junio y diciembre.

De acuerdo a lo previsto por el ya citado artículo 8 de la ley 91 de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio se encuentra autorizado para descontar de cada mesada pensional que pague un porcentaje destinado a la prestación del servicio de salud incluyendo las mesadas adicionales.

Ahora bien, través del Decreto 1073 de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en cobijadas por la ley 100 de 1993, proscribió los descuentos sobre las mesadas adicionales para los beneficiarios de dicho régimen, de la siguiente manera:

(...) 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 (...) Subrayado por el Despacho.

Sin embargo, dicho artículo fue declarado nulo parcialmente por el Consejo de Estado⁸, toda vez que, consideró que el Ejecutivo excedió su ejercicio en su

⁸ Consejo de Estado. C.P. (E) Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia del 3 de febrero de 2005, radicado 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02) Actor: Abel Trujillo Sánchez.

potestad reglamentaria al impedir el descuento sobre la mesada adicional del mes de junio quedando vigente la prohibición de hacer el descuento por cotización en salud en la mesada adicional de diciembre.

Aunque el anterior pronunciamiento permitiría efectuar descuentos sobre la mesada adicional del mes de junio, se tiene que de tiempo atrás la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁹ al absolver una consulta planteada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social había determinado la imposibilidad de efectuar descuentos sobre ambas mesadas adicionales en los siguientes términos:

(...) Estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses".

El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y de diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace el descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, en ese caso, sería el valor de la mesada (...)

Las anteriores disposiciones normativas que corresponde al régimen General de Seguridad Social en pensiones permitirían concluir que a la parte actora no se le debe descontar de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre el porcentaje con destino al pago de la cotización para salud.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la parte actora laboró en condición de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, categoría que se encuentra exceptuada de la aplicación del régimen general, tal como lo ratificó el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005.

Para el Despacho, la modificación introducida por la ley 812 de 2003 solo afectó el porcentaje de cotización en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con anterioridad al 27 de junio de 2003.

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 no consagran la posibilidad de efectuar descuentos sobre las mesadas adicionales, la ley 91 de 1989 como norma de carácter especial sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5 del artículo 8.

⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P Augusto Trejos Jaramillo, concepto del 16 de diciembre de 1997, radicado 1064.

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, 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.

En ese sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰ ha considerado que la interpretación expuesta hasta el momento es razonable toda vez que parte de un análisis fundado del alcance del régimen prestacional docente.

Al decidir una acción de tutela interpuesta contra una sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá que denegó el reintegro de las sumas descontadas en las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación de un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló:

(...) Observa la Sala que la autoridad judicial demandada realizó un estudio juicioso de la normativa aplicable al caso concreto, que le permitió establecer que conforme a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, las personas que se encuentran afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidas de la aplicación del régimen general de seguridad social establecido en dicha Ley, por lo que se creó un régimen especial cuyas disposiciones se encuentran ratificadas en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Respecto a los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre explicó que, en principio, estos fueron prohibidos por el artículo 1º del Decreto 1073 de 2002. No obstante, dichas normas no le son aplicables a los docentes, dado que estos pertenecen a un régimen especial exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993, tal como lo dispuso el artículo 279 de la referida norma.

Así las cosas, la autoridad judicial accionada dentro del ámbito de su competencia y autonomía, realizó una razonable valoración de las disposiciones legales aplicables al asunto, que lo llevó a concluir que se debía confirmar la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Al respecto, esta Sección en sentencia de 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado N° 2015-02164-00¹¹, señaló en lo relacionado con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, lo siguiente:

(...) Así las cosas, se tiene que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, es la Ley 91 de 1989, la que, en el numeral 5º del artículo 8, prescribió que:

«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. (...) (Negritas fuera de texto)

De la normativa trascrita se tiene que la autoridad judicial demandada no incurrió en el defecto sustantivo alegado por la parte demandante, toda vez que la

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01449-01(AC)

¹¹ Consejero Ponente Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

decisión cuestionada se encuentra debidamente sustentada y ajustada a derecho y en ella se utilizaron criterios de interpretación expuestos de manera razonada, que no implican desbordamiento del orden jurídico, otra cosa es que la actora discrepe de la interpretación normativa efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el caso sometido a su consideración.”¹²

“(…) Visto lo anterior, la Sala encuentra que la decisión cuestionada es razonable, pues, en efecto, los descuentos efectuados a las mesadas pensionales adicionales son legales.

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

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

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

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

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

Razonadamente advirtió que los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de la demandante están autorizados por la ley y atienden el principio de solidaridad en el sistema de salud, debido a que son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destina para su beneficio. (...)

5. LO PROBADO EN EL PROCESO.

5.1. El demandante PUBLIO OLIVER PEÑA CUELLAR prestó sus servicios como docente oficial por más de 20 años, por ende, la Secretaria de Educación del departamento del Valle del Cauca - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció una pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución N° 2272 de 30 de septiembre de 2010, teniendo en cuenta que adquirió el status jurídico de pensionado el 23 de junio de 2010 (Folios 30 a 32).

5.2. En la citada resolución se ordenó en el artículo 4 que se efectuó el descuento de los aportes con destino a la prestación de los servicios médicos asistenciales en un porcentaje del 12%.

5.3. Según el desprendible de pago que obra a folio 33 del plenario, se logra determinar que la entidad accionada efectúa un descuento por concepto de salud del 12% sobre el valor de la mesada ordinaria y sobre la mesada adicional de diciembre.

¹² Sentencia de 15 de noviembre de 2012. Expediente radicado bajo el nro. 2012-01286-00. Consejero ponente William Giraldo Giraldo.

¹³ M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

5.4. La demandante mediante derecho de petición radicado el día 2 de febrero de 2018, ante el Departamento del Valle del Cauca- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitó el reintegro de los descuentos pensionales por concepto de salud que excedan del 5% de las mesadas ordinarias y adicionales y, el reajuste anual de su mesada pensional con base en el salario mínimo. (Folios 27 al 29).

6. CASO EN CONCRETO.

6.1. Pretensión de reajuste pensional conforme al salario mínimo.

Pretende la parte actora que su mesada pensional sea reajustada anualmente con base en el porcentaje en que cada año es incrementado el salario mínimo legal mensual acorde con lo ordenado en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

Con base en la normatividad y jurisprudencia antes expuesta, se tiene que a partir de la expedición del artículo 14 de la ley 100 de 1993, el mecanismo de ajuste anual del valor de las mesadas pensionales del personal docente fue sustituido.

En efecto, de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado sólo puede acudir al régimen de la ley 71 de 1988 en aquellos casos en los que las pensiones hayan sido reconocidas en su ámbito de aplicación, hecho que no se ajusta a lo acreditado en el plenario pues el reconocimiento pensional de la parte actora se produjo a partir del 23 de junio de 2006 con la expedición de la resolución N° 2272 de 30 de septiembre de 2010.

En consecuencia, la norma vigente que regula el reajuste de la mesada pensional de la parte demandante es el artículo 14 de la ley 100 de 1993, esto es, con base en el IPC certificado por el DANE y no con el salario mínimo.

6.2. Pretensión de reintegro de los descuentos por la prestación del servicio de salud.

En segundo término, la parte accionante pretende que se ordene el reintegro de los descuentos pensionales por concepto de salud que excedan del 5% de las mesadas ordinarias y de las mesadas adicionales de junio y diciembre de conformidad con el numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989.

Para fundamentar esta pretensión, en sus alegatos de conclusión, la parte accionante sostuvo que no puede catalogarse como afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que dicha condición la ostentó solo hasta el momento en que se retiró del servicio activo.

En consecuencia, las cotizaciones en salud conforme a los parámetros del régimen especial docente solo se aplican respecto del salario devengado en actividad y no a partir de la consolidación del derecho pensional.

Ahora bien, conforme a los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso concreto, se tiene que la pretensión formulada por la parte accionante no es procedente.

Contrario a lo expuesto por la parte demandante en sus alegatos de conclusión, para el Despacho con la expedición del artículo 81 de la ley 812 de 2003 se implementó una remisión normativa frente a la cotización en salud que deben efectuar los docentes afiliados al FOMAG, consistente en que valor total de la tasa corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Frente a la aplicación de este precepto legal la Corte Constitucional en la sentencia C - 369 de 2004 precisó que los pensionados del FOMAG debían cancelar la cotización prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Cabe indicar que la Corte Constitucional en dicha providencia distinguió la existencia dos regímenes: a) uno prestacional, relacionado con los beneficios que se adquieren precisamente por su condición de docentes afiliados al Fondo; y b) otro régimen de cotización relacionado con los aportes que hacen los afiliados del fondo al sistema de salud y de pensiones.

La existencia de esta diferenciación entre un régimen prestacional y otro de cotización, permite llegar a la conclusión que la norma que faculta la afectación de las mesadas adicionales hace parte del régimen prestacional dado que el aporte tiene como finalidad la financiación de ese sistema para la prestación del servicio de salud de sus beneficiarios y por ende encuentra como fundamento el principio de solidaridad.

En ese entendido, para la Corte Constitucional resultó admisible que el Legislador aumente el porcentaje de cotización por parte de los pensionados en materia de salud en aras del principio de solidaridad y equilibrio financiero del sistema exceptuado, pues opera como una compensación para los afiliados que consolidan su derecho pensional y se liberan de efectuar cotizaciones para dichos efectos.

Asimismo, el fallo señaló que más allá que se trate del incremento en el porcentaje de cotización de salud de un docente pensionado y que este pertenezca a un régimen exceptuado, es viable ejecutarlo sin que haya lugar a pregonar que se esté desconociendo el ítem prestacional porque como se dijo, son dos sistemas diferentes (prestacional y el de cotizaciones) y por consiguiente con posibilidades de reforma limitadas a su naturaleza.

Con base en lo anterior el Despacho reitera que el inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 no hizo una clasificación entre afiliados o pensionados u aporte o cotización.

Aunque frente al asunto bajo análisis la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) debe tenerse en cuenta que dicho pronunciamiento se dirigió a los pensionados en el marco del Sistema General de Seguridad Social.

En consecuencia, atendiendo la naturaleza exceptuada del régimen prestacional de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, con las modificaciones expresas estipuladas por el artículo 81 de la ley 812 de 2003 se concluye que la tasa de cotización del 12%, es aplicable a cada una de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, motivo por el cual se negarán las pretensiones de la demanda.

Finalmente, el Despacho advierte que en sede de acción de tutela la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en el asunto bajo análisis no existe un precedente judicial unificado que permita resolver de manera uniforme la pretensión de reintegro de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales del personal docente.

En efecto, mediante sentencia de 14 de junio de 2018¹⁴, la Sección Cuarta del Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

(...) **4.2.1** Descendiendo al asunto objeto de estudio, el demandante aduce que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en desconocimiento del precedente judicial, toda vez que no tuvieron en cuenta los pronunciamientos dictados por la Sección Segunda del Consejo de Estado, así como el proferido por las diferentes Subsecciones de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en los que, en su sentir, se resolvieron casos de similares situaciones fácticas y jurídicas al presente, que ordenaron el reintegro de los descuentos del 12% realizados a las mesadas adicionales por concepto de salud.

En relación con las providencias proferidas por esta Corporación, las cuales a juicio del actor fueron desconocidas por las autoridades judiciales accionadas, la Sala advierte que las sentencias de 9 de septiembre de 2004, 3 de febrero de 2005 y 13 de septiembre de 2007, se dictaron dentro de procesos de simple nulidad, en las que se estudiaron varios artículos del Decreto Reglamentario 1073 de 2002, *“por el cual se reglamenta las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media”*.

Así, la primera decisión negó la nulidad del mencionado Decreto, mientras que el proveído de 3 de febrero de 2005 declaró la nulidad del párrafo del numeral 3º del artículo 2º de dicho reglamento. Por último, el fallo de 13 de septiembre de 2007, declaró la nulidad de algunas expresiones¹⁵ de los incisos tercero y cuarto del artículo 3 del mencionado acto administrativo de carácter general, así como del párrafo ibídem. En este sentido, dichas decisiones a pesar de estudiar la norma antes mencionada, no constituyen un precedente frente al caso bajo estudio en razón a que devienen de un control abstracto de legalidad y no establecen una regla jurisprudencial.

Respecto de la decisión de 23 de enero de 2014, esta Sala debe aclarar que esta fue proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación y no por la Segunda como lo afirma el demandante. Además, la mencionada decisión no es aplicable, pues en esta se negaron las pretensiones de la acción de tutela tendientes a que se dejara sin efecto la providencia de 26 de abril de 2013, en la que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander confirmó lo resuelto en primera instancia dentro del proceso contencioso administrativo, que negó la devolución de los descuentos realizados en las mesadas adicionales.

Asimismo, frente a las decisiones de tutelas proferidas el 6 y 31 de marzo de 2016, por la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado, la Sala evidencia que éstas rechazaron por improcedente las solicitudes de amparo, por lo que ninguna de estas providencias cumple las reglas establecidas para ser consideradas como precedentes judiciales.

Ahora bien, en lo relacionado con el presunto desconocimiento del precedente horizontal, la Sala observa que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02909-01(AC).

¹⁵ *“El excedente de la mesada pensional sobre el salario mínimo legal sólo es embargable en una quinta parte”; y del inciso cuarto “Si se trata de pensiones compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, procederá el embargo de lo que exceda el salario mínimo hasta en una quinta parte de lo pagado por la otra institución pagadora”*.

Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", de 8 de julio de 2010, citada como desatendida, no cumple con la carga mínima para que sea tenida en cuenta ya que el apoderado del actor no identificó el número de radicado del proceso, las partes que intervinieron en el mismo ni allegó copia del referido pronunciamiento, circunstancias que impiden constatar si ese precedente podría constituir una regla vinculante en el presente asunto.

No obstante, es preciso advertir, tal como quedó reseñado en la parte considerativa de esta providencia, que el desconocimiento del precedente no es absoluto, pues no se puede desconocer la libertad de interpretación que rige la actividad judicial. Así, en casos como el presente cuando hay precedentes judiciales en diferentes sentidos emanados de una misma autoridad judicial colegiada, es comprensible que los jueces elijan entre una u otra tesis, en virtud de la autonomía judicial que les asiste (art. 228 de la Constitución), máxime si las diferentes posturas se encuentran vigentes. (...)

Bajo los anteriores parámetros, se encuentra que, si bien, en pronunciamientos recientes¹⁶ el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ha concedido la pretensión bajo análisis, se tiene que en otras providencias proferidas por la misma Corporación¹⁷ se ha accedido al reintegro de los descuentos superiores al 5% tanto para las mesadas ordinarias como en las adicionales de junio y diciembre.

En consecuencia, al no existir una posición consolidada sobre el particular el Despacho aplicará el criterio expuesto en líneas anteriores y negará las pretensiones de la demanda acogiendo los criterios de interpretación expuestos frente a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 y en relación a los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C- 369 de 2004

7. COSTAS.

En cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez "*dispondrá*" sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia de 30 de mayo de 2019¹⁸ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

¹⁶ Al respecto en sentencia de 31 de octubre de 2019 proferida dentro del radicado N° 76-147-33-33-001-2017-00259-01, M.P. Óscar Alonso Valero Nisimblat se accedió a la pretensión de devolución de los descuentos realizados frente a las mesadas adicionales de junio y diciembre.

¹⁷ Sobre el particular, en sentencia de 29 de agosto de 2019 expedida dentro del radicado N° 76-001-33-33-020-2017-00234-01 M.P. Omar Edgar Borja Soto se concedió la pretensión de reintegro de los valores que superaron el 5% de lo pagado por concepto de prestación del servicio de salud en las mesadas ordinarias y en las adicionales.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019): (...) En el numeral quinto de la parte resolutive del fallo controvertido, se condenó en costas a la parte demandada. Al respecto, la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. (...)

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cali administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

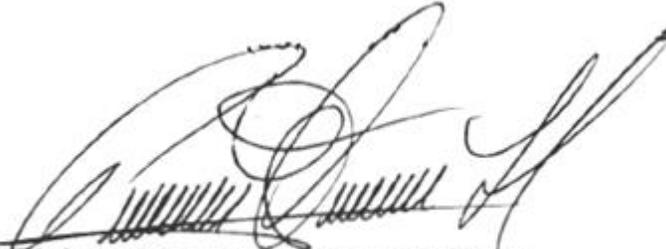
PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el departamento del Valle del Cauca.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: SIN CONDENA en costas.

CUARTO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI una vez ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
JUEZ

MAT.