

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

M.P. Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida

Neiva, veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020).

ACCION : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDOÑEZ Y OTROS
DEMANDADO : NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN : 41 001 33 33 007 2017 00377 01
RAD. INTERNA: 2019-0248

Aprobado en Sala de la fecha. Acta No. 18.

1. OBJETO A DECIDIR.

En virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, procede la Sala a decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

2. LA DEMANDA.

2.1. De las pretensiones.

LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDOÑEZ, ANA MARÍA FLOREZ DE SAAVEDRA, AMPARO ALFRO LUGO y HELOIDA BERMEO DE GÓMEZ, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del CPAÇA instaura demanda contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 2109, 2110, 2111 y 2112 del 30 de mayo de 2017, por medio de los cuales se niega la solicitud de suspensión del descuento y reintegro de los pagos efectuados por concepto de aporte para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre correspondientes a la pensión de jubilación.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene la suspensión del descuento y el reintegro de los dineros que han sido descontados en forma ilegal por concepto del aporte a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre en la

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Pensión de Jubilación; con retroactividad a la fecha en que se ordenó el reconocimiento y pago de la Pensión de Jubilación.

Se condene a las entidades demandadas al pago en forma actualizada junto con la correspondiente indexación de las sumas de dinero adeudadas, de conformidad con la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que el derecho se hizo exigible y hasta el momento en que se incluya en nómina el valor reintegrado de la prestación y las diferencias dejadas de percibir.

Finalmente, solicita se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecido en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA y que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.2. Hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda se expone que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación Departamental del Huila reconoció una pensión vitalicia de jubilación a los demandantes mediante los siguientes actos administrativos:

- Luis Alfonso Gómez Ordoñez, Resolución No. 300 del 30 de abril de 2004.
- Ana María Flórez de Saavedra, Resolución No. 039 del 10 de febrero de 1999.
- Amparo Alfaro Lugo, Resolución No. 1053 del 25 de noviembre de 2004.
- Heloida Bermeo de Gómez, Resolución No. 036 del 14 de enero de 1997.

Reconocimiento pensional a partir del cual ha efectuado los descuentos para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre sobre la pensión.

Que mediante petición radicada el 25 de mayo de 2017 se solicitó la suspensión y el reintegro de los dineros que por conceptos de descuento de salud se efectuaban en las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación, petición que fuera resuelta de manera negativa a través de los actos administrativos Nos. 2109, 2110, 2111 y 2112 del 30 de mayo 2017.

2.3. Normas Violadas y Concepto de la Violación.

Se indican como normas violadas el preámbulo y los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, la Ley 4 de 1976, la Ley 42 de 1982 artículo 7 y la Ley 100 de 1993 artículo 50.

Como concepto de violación, se expone que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 quedaron vinculados al régimen de cotización establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Así mismo, señala que con la expedición de la Ley 812 de 2003, el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, se debe entender derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003, fecha de publicación de la Ley 812, no solo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición de los descuentos sobre

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

las mesadas adicionales, en aplicación de los principios de igualdad e inescindibilidad.

Considera así que el descuento realizado para salud sobre las mesadas adicionales es ilegal, por cuanto la Ley 100 de 1993 no lo contempla.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (Fl. 64-66 C. 1Inst.)

Por intermedio de apoderado, la Nación–Ministerio de Educación Nacional–Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al argumentar que las mesadas a las que se refiere el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, se refiere a las mesadas ordinarias y las adicionales de junio y diciembre, y por lo anterior, todas constituyen aportes del pensionado a favor del Fondo, en atención al principio general de solidaridad para la sostenibilidad del sistema.

Que con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se garantiza la prestación de los servicios médico asistenciales. Que a diferencia del sistema general de seguridad social, los servicios médicos de los docentes sometidos a la Ley 91 de 1989, son prestados por entidades médicas contratadas y cuyos servicios son cancelados con los recursos del fondo, sistema totalmente diferente al establecido en la Ley 100 de 1993. Sin que sea viable comparar aspectos puntuales de un régimen especial y del régimen general, por cuanto una desventaja puede ser ampliamente compensada con otros beneficios superiores.

De otra parte indica que con la expedición de la Ley 812 de 2003 se modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al indicar que el valor total de cotización corresponde a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, en las cuales el aporte del pensionado es del 12%.

Finalmente, propone las siguientes excepciones: Falta de integración del contradictorio - Litis consorcio necesario, Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante, Buena fe, Prescripción, Inexistencia de vulneración de principios legales, Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado y la genérica o innominada.

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (Fl. 104-107 C. 1Inst.)

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante sentencia proferida en audiencia celebrada el 26 de agosto de 2019, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de mérito denominada “inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante” propuesta por la parte demandada.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: DECLARAR que no hay lugar a condena en costas.

CUARTO: DEVOLVER a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere.

QUINTO: ARCHIVAR el expediente dejando las constancias del caso.”

Consideró el a quo que de conformidad con el numeral 5 del artículo 8 de la Ley “81” sic de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está constituido por los recursos de cada mesada pensional que se pague el fondo, incluidas las mesadas adicionales como aportes de los pensionados. De tal manera que el Fondo cuenta con los aportes de los pensionados se garantiza también la prestación de los servicios médicos asistenciales de los afiliados.

Que con la expedición de la Ley 812 de 2003 el porcentaje de cotización para salud de las de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se modificó al señalar que será el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Que la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 dispuso excepciones a la aplicación del sistema general de seguridad social, entre los cuales se encuentra los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989. De tal manera que existe un régimen especial ratificado por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Que la Corte Constitucional en sentencia C-359 de 2004 declaró exequible el inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, corroborando que los docentes se encuentran excluidos del régimen general de seguridad social contemplado en la Ley 100 de 1993, aclarando a su vez que la existencia de un régimen especial de seguridad social no es violatorio del principio a la igualdad. Y por tanto, quienes estén cobijados por un régimen especial están en la obligación de someterse plenamente a su normatividad sin que puedan exigir la aplicabilidad de garantías que le resulten favorables del régimen común, creándose así una *lex tertia* o tercer régimen, lo cual desfigura la regulación establecida por la Constitución y el Legislador en materia de seguridad social.

Que el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por ser norma especial del sector docente, se debe aplicar por encima de otras normas que regulen de manera general las pensiones de los sectores privados o públicos, precisando así, que la prohibición de descuento de que tratan las Leyes 42 de 1982 y 42 de 1984 subsiste únicamente respecto de los demás empleados públicos, más no de los docentes.

Advierte que el Consejo de Estado en sentencia del 3 de febrero de 2005 en la cual declaró la nulidad del párrafo del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, en cuanto a la prohibición de descuentos en la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, hace referencia es las deducciones y retenciones de cualquier cantidad adeudada que haya de pagar el pensionado a cooperativas, y que consten en títulos valores, libranza o cualquier otro documento suscrito por el deudor, así mismo, a descuentos de créditos o

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

deudas que contraen los pensionados organizados gremialmente a favor de su organización gremial o con destino a las cajas de compensación familiar, pero en ningún momento se refirió a los descuentos a la salud de las mesadas adicionales de que trata las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Así las cosas, el a quo concluye que las súplicas de la demanda no tienen vocación de prosperidad y resuelve que no hay lugar a condenar en costas en aplicación de un criterio objetivo valorativo y previo análisis de la actuación de la parte demandante, y teniendo en cuenta la existencia de diversos pronunciamientos con criterios diferentes respecto al asunto que fuera objeto de debate.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN. (Fl. 114-115 C. 1Inst.)

El apoderado de la parte demandante solicita se revoque la providencia del 26 de agosto de 2019, para lo cual argumenta que en materia de cotización y aportes a salud sobre las mesadas pensionales de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se les aplica la normatividad general, esto es, la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, razón por la cual considera están excluidas del referido aporte las mesadas adicionales de junio y diciembre, como lo indica el Decreto 1073 de 2002 que reglamentó las Leyes 71 y 79 de 1988.

Afirma luego que los descuentos para salud de los docentes adscritos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra regulado por la Ley 91 de 1989, la cual fue modificada por la Ley 812 de 2003, la cual al cambiar el porcentaje de cotización del 5% al 12% no solo fue para el porcentaje sino también la prohibición de los descuentos en las mesadas adicionales.

6. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.**6.1. Parte demandante. (Fl. 13-14 C. 2Inst.)**

Alega que los actos demandados desconocen que el descuento establecido en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, sufrió una transformación con la expedición de la Ley 812 de 2003, que en su artículo 81 estableció que el régimen de cotizaciones de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio sería el establecido en la Leyes 100 de 1993 y 707 de 2003, al derogar el monto de cotización del 5% en aportes a salud y elevarlo al 12%.

Que al modificarse el régimen de cotización de los afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio, el referido fondo no se percató que en el nuevo régimen se encuentra prohibido cualquier tipo de descuento sobre las mesadas adicionales, para lo cual se debe remitir a las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984.

6.2. Parte demandada. (Fl. 17-19 C. 2Inst.)

Manifiesta que con la expedición de la Ley 91 de 1989 los docentes pasaron a ser afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a cargo la administración del servicio médico, fondo que de

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

conformidad con artículo 8 numeral 5 está constituido por el 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, como aportes de los pensionados.

En relación con el porcentaje de cotización en salud de los docentes pensionados afiliados al FOMAG, vinculados antes o después del 27 de junio de 2003 fecha de expedición de la Ley 812 de 2003, se rigen por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, por tanto, a partir de la vigencia de dicha disposición, el monto de cotización al sistema de salud fue incrementado del 5% al 12% como lo señaló el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, sin que se excluyera las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Refiere a continuación que la contribución solidaria que hacen los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es obligatoria, para garantizar así la cobertura del sistema de seguridad social.

6.3 El señor agente del Ministerio Público. *(Fl. 28 C.2 Inst.)*

No emitió concepto.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Cumplidos con los trámites propios del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso y sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a pronunciarse sobre el asunto de la referencia.

7.1 Problema jurídico a resolver.

Consiste en determinar si se debe revocar la sentencia calendada 26 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva que negó las súplicas de la demanda y como consecuencia de ello declarar que las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación percibida por los accionantes **LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ, ANA MARÍA FLÓREZ DE SAAVEDRA, AMPARO ALFARO LUGO y HELODIA BERMEO DE GÓMEZ**, en calidad de pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, se encuentran exentas del descuento del aporte al Sistema de Seguridad Social en Salud y en tal sentido, debe restablecerse el derecho mediante la devolución de los dineros que por tal concepto ha retenido el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

7.2. De lo probado en el proceso.

De lo recaudado en el acervo probatorio, se puede colegir como debidamente demostrado lo siguiente:

-Demandante, LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ.

Mediante **Resolución No. 0306 del 30 de abril de 2004** expedida por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial del Huila, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 8 del Decreto 1775 de 1990, se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del señor Luis Alfonso Gómez Ordoñez efectiva a partir del 30 de diciembre de 2003, como docente de vinculación nacionalizado del Sistema General de Participaciones. Para tal efecto se indica que laboró en el Departamento del Huila desde el 10 de mayo de 1975 hasta el 29 de diciembre de 2003, para un total de 11.750 días laborados, equivalentes a 32 años, 7 meses y 20 días. (Fl. 11-14 C. 1Inst.)

El 25 de mayo de 2017 por intermedio de apoderado radicó derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación del Municipio de Neiva, solicitando la devolución de las sumas de dinero descontadas de las mesadas pensionales adicionales de los meses de junio y diciembre de cada año, por concepto de aportes a la salud, con retroactividad a la fecha en que se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. (Fl. 10 C. 1Inst.)

Mediante **Oficio No. 2112 del 30 de mayo de 2017** proferida por el Secretario de Educación del Municipio de Neiva, resuelve no acceder a la solicitud de reintegro de los descuentos de las mesadas pensionales adicionales por aportes a salud, exponiendo los siguientes argumentos:

(...)

La Ley 91 de 1989, norma que consagra el régimen de excepción de los docentes, determinó que con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio garantiza la prestación de los servicios médicos-asistenciales de acuerdo con las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

A diferencia del Sistema General de Seguridad Social, los servicios médicos de los docentes sometidos a la ley 91 de 1989, son prestados por entidades médicas contratadas para el efecto y canceladas con los recursos de la cuenta Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sistema totalmente diferente por lo que es de régimen de excepción, al sistema consignado en el régimen de seguridad social de la ley 100 de 1993 por lo que no puede pretenderse, buscar aplicación de normas de carácter general que les son favorables, pues estaría modificando el espíritu del régimen de excepción docentes y por ende creando un nuevo régimen.

Los regímenes General de Salud (ley 100 de 1993) y el excepcionado especial para los docentes del sector oficial y sus beneficiarios, tienen marcadas diferencias (el último económicamente favorable para estos) y una identidad, el servicio médico asistencial no es gratuito.

Respecto a los descuentos me permito informar que se están realizando de conformidad con las normas legales y por tanto no hay lugar a devolución de valor alguno (...)" (Fl. 33-34 C. 1Inst.)

Comprobantes de pago Nos. 606300122318 y 611300125064 de las mesadas adicionales 201606 y 201611, donde se evidencia el descuento por aportes en salud efectuado. (Fl. 15-16 C. 1Inst.)

-Demandante, ANA MARÍA FLÓREZ DE SAAVEDRA.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Mediante **Resolución No. 00039 del 10 de febrero de 1999** expedida por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial del Huila, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 8 del Decreto 1775 de 1990, se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la señora Ana María Flórez de Saavedra efectiva a partir del 29 de septiembre de 1997, como docente de vinculación nacionalizado del Sistema General de Participaciones. Para tal efecto se indica que laboró en el Departamento del Huila desde el 15 de enero de 1968 hasta el 28 de septiembre de 1997, para un total de 10.693 días laborados, equivalentes a 29 años, 8 meses y 13 días. *(Fl. 22-24 C. 1Inst.)*

El 25 de mayo de 2017 por intermedio de apoderado radicó derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación del Municipio de Neiva, solicitando la devolución de las sumas de dinero descontadas de las mesadas pensionales adicionales de los meses de junio y diciembre de cada año, por concepto de aportes a la salud, con retroactividad a la fecha en que se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. *(Fl. 10 C. 1Inst.)*

Mediante **Oficio No. 2111 del 30 de mayo de 2017** proferida por el Secretario de Educación del Municipio de Neiva, resuelve no acceder a la solicitud de reintegro de los descuentos de las mesadas pensionales adicionales por aportes a salud. *(Fl. 37-38 C. 1Inst.)*

Comprobantes de pago Nos. 606300122818 y 611300125564 de las mesadas adicionales 201606 y 201611, donde se evidencia el descuento por aportes en salud efectuado. *(Fl. 25-26 C. 1Inst.)*

-Demandante, AMPARO ALFARO LUGO.

Mediante **Resolución No. 1053 del 25 de noviembre de 2004** expedida por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial del Huila, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 8 del Decreto 1775 de 1990, se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la señora Amparo Alfaro Lugo efectiva a partir del 1 de septiembre de 2004, como docente de vinculación nacionalizado del Sistema General de Participaciones. Para tal efecto se indica que laboró en el Departamento del Huila desde el 14 de enero de 1971 hasta el 30 de agosto de 2004, para un total de 12.106 días laborados, equivalentes a 33 años, 7 meses y 16 días. *(Fl. 27-30 C. 1Inst.)*

El 25 de mayo de 2017 por intermedio de apoderado radicó derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación del Municipio de Neiva, solicitando la devolución de las sumas de dinero descontadas de las mesadas pensionales adicionales de los meses de junio y diciembre de cada año, por concepto de aportes a la salud, con retroactividad a la fecha en que se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. *(Fl. 10 C. 1Inst.)*

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Mediante **Oficio No. 2110 del 30 de mayo de 2017** proferida por el Secretario de Educación del Municipio de Neiva, resuelve no acceder a la solicitud de reintegro de los descuentos de las mesadas pensionales adicionales por aportes a salud. *(Fl. 35-36 C. 1Inst.)*

Comprobantes de pago Nos. 606300121744 y 611300124495 de las mesadas adicionales 201606 y 201611, donde se evidencia el descuento por aportes en salud efectuado. *(Fl. 15-16 C. 1Inst.)*

-Demandante, HELODIA BERMEO DE GÓMEZ.

Mediante **Resolución No. 00036 del 14 de enero de 1993** expedida por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial del Huila, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 8 del Decreto 1775 de 1990, se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la señora Helodia Bermeo de Gómez efectiva a partir del 23 de junio de 1996, como docente de vinculación nacionalizado del Sistema General de Participaciones. Para tal efecto se indica que adquirió el status pensional el 22 de junio de 1996. *(Fl. 17-19 C. 1Inst.)*

El 25 de mayo de 2017 por intermedio de apoderado radicó derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación del Municipio de Neiva, solicitando la devolución de las sumas de dinero descontadas de las mesadas pensionales adicionales de los meses de junio y diciembre de cada año, por concepto de aportes a la salud, con retroactividad a la fecha en que se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. *(Fl. 10 C. 1Inst.)*

Mediante **Oficio No. 2109 del 30 de mayo de 2017** proferida por el Secretario de Educación del Municipio de Neiva, resuelve no acceder a la solicitud de reintegro de los descuentos de las mesadas pensionales adicionales por aportes a salud. *(Fl. 39-40C. 1Inst.)*

Comprobantes de pago Nos. 606300122974 y 611300125724 de las mesadas adicionales 201606 y 201611, donde se evidencia el descuento por aportes en salud efectuado. *(Fl. 20-21 C. 1Inst.)*

7.3. Del fondo del Asunto.

Considera la parte demandante y recurrente que para efectos de las cotizaciones en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se aplican las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y 897 de 2003 y no las contenidas en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, y por tanto no resulta procedente el descuento de las mesadas adicionales.

En ese orden de ideas, procede la Sala al estudio normativo de los descuentos de los aportes en salud en las mesadas pensionales.

7.3.1. Descuentos aportes en salud bajo el Sistema de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993.

La Ley 4ª de 23 de abril de 1966, "*Por medio de la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones*", señaló el porcentaje que se debe descontar de las mesadas de los pensionados a favor de la entidad de previsión a la que se encuentren afiliados, así:

"Artículo 2°. *Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:*

a) *Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y*

b) *Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.*

Parágrafo. Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional". (Se subrayó).

Lo anterior es reiterado por el Decreto 3135 de 1968, "*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*", en cuyo artículo 37, se dispone:

"Prestaciones para pensionados. *A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.*

Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

De igual forma, el Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamentó el Decreto 3135 de 1968, reitera en el artículo 90, lo siguiente:

"Artículo 90. Prestación asistencial.

(...)

3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional (Se subrayó).

Posteriormente, con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994, el monto de cotización al sistema de salud se incrementó, quedando para el año 1995 un porcentaje del 11% y para el año 1996 un 12% de la suma recibida como mesada pensional, estableciendo con ello una mayor carga económica en cabeza del administrado, así:

"COTIZACION EN SALUD

ARTICULO 30. MONTO DE LA COTIZACION. *De conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Decreto Ley 1298 de 1994, la cotización para salud que regirá para la cobertura familiar será, para 1995, de 11% de la base de cotización, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Esta cotización se elevará al 12% a partir del primero de enero de 1996.*

De esta cotización se descontará un punto porcentual para contribuir a la

financiación del régimen subsidiado que para todos los efectos se denominará contribución de solidaridad.

La distribución de la cotización, incluida la contribución de solidaridad, será de 2/3 partes a cargo del empleador y 1/3 parte a cargo del trabajador. Los trabajadores independientes, los rentistas y demás personas naturales sin vínculo contractual, legal o reglamentario con algún empleador, tendrán a su cargo la totalidad de la cotización.

Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público que por disposición legal administren sistemas de salud obligatorios, se ajustarán al sistema de cotización definido en el presente artículo, según el régimen de transición establecido en el artículo 68 del Decreto 1298 de 1994 y las disposiciones que lo reglamenten.”

Disposiciones a partir de las cuales se evidencia que el pensionado debe hacer aportes con destino a la seguridad social en salud, pues así lo ha venido regulando la Ley.

Ahora bien, dicha ley en su artículo 50 estableció que los pensionados recibirían una mesada adicional en el mes de diciembre al disponer:

*“**Mesada Adicional.** Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión”.*

Por otro lado el artículo 142 hizo referencia a la mesada adicional del mes de junio, estableciendo lo siguiente:

*“**Mesada Adicional para Pensionados.** Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994”.*

~~*Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.”*~~

La Corte Constitucional mediante sentencia C-409 de 1994 declara inexecutable los apartes tachados con fundamento en los siguientes argumentos:

*“Para la Sala resulta evidente que al consagrarse un beneficio en favor de los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1o. de enero de 1988", consistente en el pago de una mesada adicional de treinta (30) días de la pensión que les corresponde a cada uno de ellos, la cual se "cancelará con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994", excluyendo a las pensiones causadas y reconocidas con posterioridad al 1o. de enero de 1988, **se deduce al tenor de la jurisprudencia***

de esta Corporación, una clara violación a la prohibición de consagrar discriminaciones en el mismo sector de pensionados, otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988.

(...)

Por ello no existe razón justificada para negar la mesada adicional a estos últimos, postergándoseles su derecho a percibirla, para una fecha posterior a la que se consagra para los pensionados con anterioridad al 1o. de Enero de 1988.

(...)

La acusación contra el inciso segundo del artículo 142.

Encuentra la Corte que lo expuesto es igualmente aplicable en relación con el inciso segundo del artículo 142, en cuanto crea una discriminación injustificada en favor de quienes están disfrutando de la pensión con fundamento en las disposiciones anteriores a la Ley 71 de 1988, en detrimento de quienes habiendo cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio, adquirieron la condición de pensionado a partir del 1o. de Enero de 1988, por lo que se declarará su inexecutable. (...)"

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 dispuso que el sistema integral de seguridad social establecido en dicha norma no se aplica "(...) 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".

Disposición normativa que fue objeto de demanda mediante acción pública de inconstitucionalidad con el argumento que vulneraba el derecho a la igualdad de los docentes oficiales pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al negarles la posibilidad de devengar la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 142 de la Ley, y fue resuelta a través de la sentencia C-461 de 1995 al concluir:

*"Declárase **EXEQUIBLE** la parte que dice "Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989", del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, **siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad y, en consecuencia, se reconozca a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a un beneficio igual o equivalente a la mesada pensional adicional, un beneficio similar.**" (Negrilla y Subrayado de la Sala)*

Se expide luego la Ley 238 de 1995 "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993" con el siguiente párrafo:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Artículos que hacen referencia exclusivamente al reajuste de las pensiones y a la creación de la mesada adicional del mes de junio a partir de 1994.

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

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

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

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

PARÁGRAFO. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales. (Negritas y Subrayas de la Sala)

Este párrafo fue declarado nulo parcialmente por la sentencia del Consejo de Estado fechada el 3 de febrero de 2005 en relación a la mesada adicional del mes de junio, mediante la cual dispuso:

*“La Sala advierte, en primer término, que cuando el decreto acusado, dispuso respecto de los “descuentos de que tratan estos artículos”, no hizo relación con los artículos 50 y 142 de la ley 100 de 1993, por la potísima razón de que en estos no se gobernó descuento alguno, como atinadamente lo alegó el actor, sino con los artículos del decreto 1073, lo cual es bien distinto; si no fuere así, la norma no tendría sentido, dada su pésima redacción; en realidad, para la Sala, la norma acusada quiso decir simplemente que las mesadas adicionales establecidas en los artículos 50 y 142 de dicha ley, **no serían objeto de descuento.***

*Ahora bien, es cierto que tanto la ley 42 de 1982 (artículo 7º), como la ley 43 de 1984 (artículo 5º) se relacionan con la mesada adicional que deben recibir los pensionados en el mes de diciembre de cada año (regida hoy por el artículo 50 de la ley 100 de 1993), pero no con la mesada del mes de junio, gobernada por el artículo 142 ibídem, por lo que, en este punto, sí tiene razón el demandante, pues **no existe norma legal que impida hacer descuentos de esta mesada adicional y, por ende, a juicio de la Sala el ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria.** (Subrayado fuera del texto).*

La nulidad que declarará la Sala del párrafo del artículo 1º del decreto acusado, se dispondrá, entonces, solo respecto de la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993. En lo demás, la pretensión se denegará.¹
(Subrayado fuera del texto)

Con base en lo anterior queda establecido que no se podrá realizar descuento alguno con respecto a la mesada adicional del mes de diciembre, pero si a la mesada del mes de junio como quedó contemplado en el resuelve de la sentencia aludida:

“Declarase que es nulo el párrafo del artículo primero del decreto reglamentario 1073 de 2002, únicamente en cuanto dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la ley 100 de 1993. En lo demás, se deniega la nulidad pedida”.

Sin embargo, resulta importante precisar que el Decreto 1073 de 2002 tiene como objeto la reglamentación de las Leyes 71 y 79 de 1988, de tal manera que de sus artículos 1 y 2 establecen la imposibilidad de afectar las mesadas adicionales, **pero no en lo referente a los descuentos por aportes a la salud sobre las mesadas pensionales adicionales**, sino a otro tipo de obligaciones tales como créditos, deudas y cuotas destinadas a asociaciones gremiales, cooperativas y fondos de empleados diferentes a las legales o reglamentarias que el afiliado debe asumir en su condición de pensionado.

En efecto, el artículo 5 de la Ley 71 de 1988 dispuso “Las empresas, entidades o patronos que satisfacen pensiones, a solicitud escrita de la respectiva Asociación de Pensionados, deberán hacer los descuentos de las cuotas o totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados organizados gremialmente en favor de su organización gremial. Igual prerrogativa tienen las Cajas de Compensación Familiar para hacer los descuentos establecidos en el artículo 6o. de esta ley” y a su turno la Ley 79 de 1988 se encuentra dirigida es a la actualización de la legislación cooperativa, sin que hagan referencia alguna al descuento de los aportes en salud de los pensionados.

7.3.2. Descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre en la pensión de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Los artículos 3 y 4 de la Ley 91 de 1989, crearon el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio², para efectos de asumir las obligaciones prestacionales respecto del personal docente y garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales³.

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 3 de febrero de 2005. Exp. No. 3166-02 Con. Pon. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

² Que por su naturaleza, es una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital

³ Los docentes, entonces, no gozan propiamente de un régimen pensional especial que les otorgue determinadas prerrogativas en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, pues no gozan de ningún privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación, aunque sí se benefician de un régimen especial respecto de la administración y pago de las pensiones y de la administración y prestación del servicio médico de salud, tal como se evidencia en lo dispuesto por la ley 91 de 1989.

Dispuso dicha ley la administración y pago de las pensiones y la administración y prestación del servicio médico de salud de todos los docentes sin excepción alguna, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, específicamente en el numeral 5° del artículo 8°, al establecer 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. (...).” *(negrillas y subrayas de la Sala).*

Así las cosas, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio según lo dispuesto por la Ley 91 de 1989 se encontraba autorizado para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara, inclusive de las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.

Por su parte la Ley 812 de 2003 (vigente a partir del 27 de junio de 2003), prescribió el Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales, indicando en lo concerniente a la tasa de cotización, así:

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones" *(Negrillas y subraya de la Sala)*

Al estudiar este inciso 4° del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, la Corte Constitucional lo declaró exequible en el entendido que:

“...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.*

*En esas circunstancias, como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces **es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor**. En efecto, según el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

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

Debiéndose entender que 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, **únicamente conllevó al incremento del porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el régimen general, sin que ello implique una derogatoria tácita o expresa de lo dispuesto establecido en la norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, norma que se encuentra actualmente vigente.**

⁴ Sentencia C-369 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, 27 de abril de 2004.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se desprende así, 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 especial excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados conforme lo estableció el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

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, **únicamente conllevó al incremento del porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el régimen general**, sin que ello implique una derogatoria tácita o expresa de lo dispuesto establecido en la norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, norma que se encuentra actualmente vigente.

7.4. Caso concreto.

De conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial previamente realizado, observa la Sala que para establecer la procedencia o no del referido descuento, resulta importante la fecha de vinculación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como quiera que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 es claro en establecer que solamente las personas vinculadas con posterioridad a su entrada en vigencia se encuentran amparadas por el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, del contenido de las Resoluciones de reconocimiento pensional de cada uno de los demandantes se evidencia que la fecha de vinculación de los demandantes al servicio docente oficial ocurrió con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 así:

| DEMANDANTE | FECHA DE VINCULACIÓN AL SERVICIO OFICIAL DOCENTE |
|------------------------------|---|
| Luis Alfonso Gómez Ordoñez | 10-Mayo-1971 (Fl. 12 C. 1Inst.) |
| Ana María Flórez de Saavedra | 15-Enero-1968 (Fl. 22 C. 1Inst.) |
| Amparo Alfaro Lugo | 14-Enero-1971 (Fl. 28 C. 1inst.) |

En relación, con la demandante Helodia Bermeo de Gómez, si bien del contenido de la Resolución No. 000356 del 14 de enero de 1997 que le reconoció la pensión de jubilación no se tiene fecha de la vinculación al sector oficial docente, se encuentra acreditado que el status pensional lo adquirió el 22 de junio de 1996 (*Fl. 17 C. 1Inst.*).

De tal manera que, les resulta aplicable la Ley 91 de 1989 en la cual se establece la viabilidad del descuento por aportes de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Así, 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

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

de las mesadas recibidas por el pensionado con destino a la salud; por tanto, no le asiste razón alguna a la actora pretender la devolución de los descuentos efectuado bajo la aplicación de un régimen de prima media que no le es aplicable. En consecuencia, no hay lugar a ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Resultando inviable alegar un asunto de igualdad, para aplicar un concepto y una normatividad del régimen general al régimen especial de los docentes, pues como se anotó y de conformidad con el fallo de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad del inciso cuarto del artículo 81 de la ley 821 de 2003 los regímenes no son escindibles al arbitrio de los particulares, y menos cuando estos son beneficiarios de un régimen especial, establecido en reivindicación de unas especiales condiciones de esos trabajadores, como son los docentes.

Al respecto, la Corte en sentencia C-369 de 2004, estudió la constitucionalidad del inciso 4° del artículo 81 de la ley 821 de 2003, y en torno a que el régimen general y el especial no han de mezclarse al arbitrio del particular, sino que debe respetarse y cumplirse integralmente; manifestó:

"Esta Corporación ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica.

Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una lex tertia, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la Ley en materia de seguridad social."

En tal sentido se pronunció también el Consejo de Estado al decidir una acción de tutela interpuesta contra una sentencia 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, al señalar:

"Observa la Sala que, el tribunal accionado realizó un estudio juicioso de la normativa aplicable al caso concreto que le permitió establecer que, de conformidad con lo consagrado en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, las personas que se encuentren afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidas de la aplicación del régimen general de seguridad social integral determinado en dicha Ley, razón por la que se creó un régimen especial, cuyas disposiciones se encuentran ratificadas en el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el párrafo transitorio 1° del acto legislativo 001 de 2005.

(...)

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo relacionado con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que, en principio, estos fueron prohibidos por el artículo 1º del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, 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, tal y como se dispone en el artículo 279 de esa norma en los siguientes términos:

“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.
(...)”*

Aunado a lo anterior se tiene que el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso lo siguiente:

“Párrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

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.
(...)” (Negrillas 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 decisión cuestionada se encuentra debidamente sustentada y ajustada a derecho y en ella se utilizaron criterios de interpretación expuestos de manera razonada, que no

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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."⁵

Finalmente, resulta importante precisar que de conformidad con los artículos 1, 48, 49 y 95 numeral 2 de la Constitución Política, se instituye el principio de solidaridad como pilar básico del Estado Social de Derecho, en virtud del cual quienes poseen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos, para así garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social.

8. CONCLUSION.

De conformidad con el anterior marco normativo y jurisprudencial previamente anotado, no existe razón para ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de aportes a la salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre, como quiera, que los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por pertenecer a un régimen especial se rigen por normas especiales.

En tal sentido, la Ley 91 de 1989, norma aplicable en el sub examine, permite que el descuento para salud sea efectuado a cada una de las mesadas que recibe el pensionado, y por tanto no puede pretender la actora que se le reintegren unos aportes que fueron debidamente descontados, de conformidad con las normas que regulan su régimen especial.

Así mismo, considera la Sala que las pretensiones de la parte actora, carecen de sustento, dado que el descuento se encuentra justificado objetiva y razonable, toda vez que persigue un fin constitucionalmente válido, cual es el de imprimirle solidez y solvencia financiera al régimen especial pensional de los docentes, lo que está en consonancia con los dictados del artículo 48 superior, según el cual "(...) El Estado garantizará... la sostenibilidad financiera del sistema pensional (...)".

En razón a lo anterior, la sala confirmará la sentencia del a-quo que negó las pretensiones de la demanda en cuanto a la devolución de los descuentos de los 12% efectuados a las mesadas adicionales del mes de junio y diciembre la pensión de jubilación de cada uno de los demandantes.

9. COSTAS.

Como quiera que la parte demandante y recurrente no presentó argumento alguno en el recurso de apelación en contra de la decisión del a quo de condenarla en costas y agencias en derecho en primera instancia, la Sala no efectuará pronunciamiento alguno al respecto, quedando en firme dicha condena.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: William Giraldo Giraldo. Sentencia del 15 de noviembre de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01286-00. Actor: Stella González Forero. Accionado: Tribunal administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A".

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 007 2017 00377 01 Rad. Interna: 2019-0248

Demandante: LUIS ALFONSO GÓMEZ ORDÓÑEZ Y OTROS.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, en lo que respecta a las costas y agencias en derecho en la segunda instancia, advierte la Sala que en el trámite aquí surtido no se generaron, y por lo tanto no procede condena en costas, lo anterior en aplicación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, que entrega al juez la facultad de **disponer** sobre su condena, a partir del análisis de diversos aspectos dentro de la actuación procesal y principalmente que aparezcan **causadas y comprobadas**, descartándose así una apreciación objetiva que atienda únicamente a quien resulte vencido para que le sean impuestas; y el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual luego de fijar las situaciones en las cuales procedería la condena en costas, establece en su numeral 8 que *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

En consecuencia, no se dispondrá condena en costas a la parte demandada, como quiera que en el trámite de la segunda instancia, por cuanto no obra prueba de su causación.

10. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila – Sala Segunda de Decisión administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

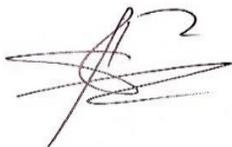
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia calendada 26 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, de conformidad con los argumentos expuestos en esta instancia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

Notifíquese y Cúmplase

GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado



JOSE MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

BEATRÍZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada (Ausente con permiso)