



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA N° 044

Santiago de Cali, veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se procede a proferir sentencia dentro del medio de control denominado Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral instaurado por el señor JAVIER GONZALEZ CARDONA, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.319.130 en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante FOMAG.

I. LA DEMANDA

PRETENSIONES

Solicita se declare la configuración del silencio administrativo negativo frente a la no respuesta de la petición radicada el día 25 de abril de 2012.

Pretende la nulidad de dicho acto administrativo ficto o presunto y que a título de restablecimiento del derecho se ordene la devolución de los dineros que bajo el rotulo de EPS se han descontado de las mesadas adicionales –Junio y Diciembre- y que corresponden al 12% de las respectiva mesada para los años 2003 a 2005 y al 12.5% para los años 2007 a 2013 y las que en lo sucesivo se han descontado.

Igualmente solicita se ordene a la entidad demanda no continuar realizando este tipo de descuentos y que las sumas que resulten adeudadas se cancelen debidamente indexadas, con los ajustes de valor e intereses moratorios que correspondan.

Subsidiariamente y en caso de que se considere que a través del Oficio N° 2012ER130894 proferido por la FIDUPREVISORA se dio respuesta a la petición radicada el día 25 de abril de 2012, solicita se declare la nulidad absoluta de dicho acto administrativo y que a título de restablecimiento del derecho se impartan las órdenes y condenas antes relacionadas.

HECHOS

Mediante Resolución N° 2380 de 17 de diciembre de 1997 el FOMAG ante el Departamento del Valle del Cauca reconoció en favor de la demandante una

pensión ordinaria de jubilación, misma que ha venido recibiendo en forma permanente y habitual con las mesadas adicionales respectivas.

En forma unilateral, la entidad demandada ordenó a la FIDUPREVISORA realizar el descuento del 12% de las mesadas adicionales con la intención de satisfacer los aportes en salud que deben realizar los pensionados; decisión frente a la cual el demandante no tuvo la oportunidad de ejercer la defensa de sus intereses.

El 25 de abril de 2012 radicó petición solicitando el reintegro de las sumas descontadas, sin embargo, el Fondo no ha emitido respuesta formal al respecto; por su parte, la FIDUPREVISORA a través de oficio N° 2012ER130894 le informó que dicha entidad opera como un administrador de recursos, por lo que no tiene facultad para expedir actos administrativos ni resolver de fondo su petición.

En virtud de lo anterior, se ha configurado el silencio administrativo negativo conforme lo dispone el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

De lo expuesto en la demanda y los alegatos de conclusión, tenemos que la parte actora acusa como normas violadas las siguientes:

Constitución Política, Preámbulo y artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209.

Ley 1437 de 2011, artículo 137.

Ley 24 de 1947, artículo 1º.

Ley 4ª de 1996, artículo 4.

Decreto 2285 de 1985, artículos 1 y 3.

Ley 43 de 1975 y su Decreto Reglamentario 223 de 1977.

Ley 6ª de 1945, artículo 17.

Decreto 1743 de 1966 Reglamentario de la Ley 4ª de 1966, artículo 5.

Ley 33 de 1985, artículo 1º inciso 2.

Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 2 literal a).

Ley 700 de 2001, artículo 4º.

Ley 797 de 2003, artículo 9 parágrafo 1º.

La vulneración de las normas citadas como violadas se concreta en el desconocimiento del derecho sustancial del demandante a que se le paguen correctamente sus mesadas adicionales de junio y diciembre, mismo que se relaciona directamente con los derechos constitucionales a la igualdad (art. 13), a la seguridad social (art. 48) al mínimo vital y móvil y al principio de favorabilidad (art. 53).

Conforme lo dispuesto en el Decreto en artículo 7 de la Ley 42 de 1982 "*La mensualidad adicional de que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones*".

A su turno, el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 prescribe que *“A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional”*.

La entidad demandada aplicó en forma ilegítima los descuentos del 12% y el 12.5% para la salud de las mesadas adicionales, contrariando lo establecido en el régimen común de seguridad social en salud previsto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

La entidad accionada al fijar el monto a descontar a los pensionados incorporó el porcentaje contemplado en los artículos 50, 142, 204 y 279 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, omitió la prohibición que contemplan los mismos artículos consistente en no efectuar dichos descuentos de la mesada adicional.

II. DEFENSA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

TESIS DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Según el escrito de contestación de demanda, para este sujeto procesal no le asiste razón a la parte demandante en lo reclamado como quiera que el actuar de la entidad demandada encuentra soporte en el Decreto 2341 de 2003 reglamentario de la Ley 812 de 2003 en el que se establece que el valor total de la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo del Magisterio corresponderá a la suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, el cual es del 12% y a partir de la Ley 1122 de 2007 ascendió al 12.5%.

El descuento objeto de reproche está previsto en la Ley 91 de 1989 y es aplicable a cada una de las mesadas percibidas por el pensionado con destino a la salud, por lo que no existe razón para la devolución pretendida; en efecto el numeral 5º del artículo 8º prevé que el Fondo deducirá el 5% de cada mesada pensional pagada, incluidas las mesadas adicionales.

Tratándose de regímenes especiales, como el de los docentes, precisó conforme lo ha indicado la H. Corte Constitucional que los beneficiarios de dichos sistemas están obligados a someterse plenamente a su normatividad sin que sea válido reclamar la aplicación de derechos y garantías propias del régimen común, lo que eventualmente daría lugar a un tercer régimen compuesto por aspectos del sistema general y del especial, desfigurando totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social.

Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, causación de la seguridad social y prescripción.

No alegó de conclusión.

III. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El medio de control denominado Nulidad y Restablecido del Derecho se encuentra consagrado en el artículo 138 del CPACA, a través de él toda persona que considere que con la expedición de un acto administrativo se le ha lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, puede pedir que se declare su nulidad y se le restablezca en su derecho, e incluso solicitar que se le repare el daño.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo pretendido en el asunto, el litigio se fijó en los siguientes términos:

¿Es viable la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado por la no respuesta de la petición radicada el día 25 de abril de 2012 y en caso afirmativo, es procedente ordenar la devolución de los dineros descontados bajo le rotulo de EPS de las mesadas adicionales (junio y diciembre) de la pensión ordinaria de jubilación que goza la demandante? También deberá precisarse si procede o no el pago de intereses moratorios.

3.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema planteado el Despacho analizará los siguientes tópicos: i) Régimen de aportes en salud de los docentes oficiales afiliados al fondo de prestaciones Sociales ii) Caso en Concreto –De lo Probado y Análisis del Caso-.

Previo a ello, el Despacho analizará las excepciones propuestas por la entidad accionada

- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Se resolvió en Audiencia Inicial¹.
- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY, CAUSACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: Considera ésta operadora judicial que no constituye excepción que amerite un pronunciamiento distinto al que ha de hacerse al resolver el fondo del asunto, por medio de ellas solo se pretende oponerse a las pretensiones, por tanto si se accede a las mismas estas se declararán infundadas.
- PRESCRIPCIÓN: de accederse a las pretensiones, se estudiara más adelante.

¹ Ver folio 122 reverso.

3.2.1. TÓPICOS A TENER EN CUENTA

i) RÉGIMEN DE APORTES EN SALUD DE LOS DOCENTES OFICIALES AFILIADOS AL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Dentro de sus objetivos, el artículo 5 prevé los siguientes: i) Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; ii) Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales; iii) Llevar los registro contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado; iv) Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; v) Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

A su turno, el artículo 8 dispone que el Fondo estará constituido por varios recursos, dentro de los cuales se contempla el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se crea el sistema de seguridad social integral, del cual se exceptúa expresamente –art. 279- a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Posteriormente, es promulgada la Ley 812 de 2003 en cuyo artículo 81 relativo al Régimen Prestacional de los docentes oficiales, se dispuso entre otros, que *“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”*.

Dicha preceptiva legal fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional y a través de sentencia C-369 de 2004 fue declarada exequible respecto del cargo estudiado en dicha oportunidad²; de lo expuesto por la Alta Corporación, es de resaltar lo siguiente:

² Según el demandante, el aparte acusado desconoce la igualdad, por cuanto incrementó la cotización en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin instituir un mecanismo similar al establecido por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que previó en el régimen general de pensiones un reajuste de las pensiones equivalente al incremento de la cotización en salud.

6- ... 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.

...
17- Conforme a lo anterior, el cargo de igualdad no está llamado a prosperar, por cuanto la regulación de la cotización en salud no puede ser considerada una prestación autónoma y separable. En efecto, esa cotización está ligada al conjunto de los servicios de salud prestados al magisterio, que representan un régimen específico, pues dichos servicios son prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, como lo dice otro aparte de la disposición acusada. Y en esas circunstancias, no tenía por qué la norma acusada prever para el incremento de la cotización en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio un incremento de su mesada idéntico al previsto por la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de salud y pensional es en ambos casos distinto, y como la cotización está vinculada al conjunto del régimen, no puede ser considerada una prestación autónoma y separable. La ley no estaba entonces obligada a prever para el aumento de la cotización en salud de los pensionados del régimen especial de los docentes un mecanismo compensatorio idéntico al establecido por la Ley 100 de 1993 para el sistema general de seguridad social.

ii) CASO EN CONCRETO

DE LO PROBADO

A través de Resolución N° 2380 de 17 de diciembre de 1997 se reconoce en favor del demandante una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 5 de agosto de 1997 (fl. 10-12).

Está acreditado que el día 25 de abril de 2012 la parte actora solicitó ante el Departamento del Valle del Cauca que se profiera acto administrativo mediante el cual se reconozca el error en que ha incurrido el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio al ordenar a la Fiduciaria La Previsora S.A., que descontara el valor equivalente al 12% de la mesada adicional de diciembre para efectos de servicio de salud y que se totalice el valor de lo que hasta ahora se le ha descontado al demandante por dicho concepto para que se reconozca formalmente y se ordene su pago; igualmente solicita la indexación de los dineros adeudados, el pago de intereses moratorios y que se le ordene a la Fiduprevisora abstenerse de continuar con los aludidos descuentos (fls. 4-7).

A través de memorial fechado 11/09/2012 (fl. 8-9) la Fiduprevisora informa al demandante que no tiene competencia para expedir actos administrativos puesto que actúa como administrador de recursos del FOMAG; en cuanto a la devolución de dineros solicitada, informa que ello no es procedente conforme lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 y la remisión normativa prevista en la Ley 812 de 2003.

A folios 149 a 153 obra certificación en la que se advierten los descuentos realizados a la mesada pensional del demandante desde el año 2006 hasta el 2016.

ANÁLISIS DEL CASO

Conforme las preceptivas legales y jurisprudenciales en cita, esta instancia judicial considera que las pretensiones esgrimidas por la parte actora no están llamadas a prosperar conforme pasa a explicarse.

Si bien la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y dispuso que los docentes gozan de un régimen especial, el cual está exceptuado del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 (art. 279), dicha exclusión no es absoluta conforme se extrae del contenido de la Ley 812 de 2003.

En efecto, tal y como se indicó en precedencia, el artículo 8º de la aludida Ley 812 de 2003 consagra una remisión normativa relativa a la cotización por 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, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

Frente a la aplicación de dicha preceptiva legal, debe indicarse que conforme el artículo 137 ibídem la citada ley rige a partir de la fecha de su promulgación, esto es, Junio 27 de 2003 - Diario Oficial No. 45.231; adicionalmente, la H. Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad antes citada precisó que los pensionados del FOMAG deberán, de ahora en adelante —con la vigencia de la Ley 812 de 2003—, cancelar la cotización prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, sin realizar ninguna distinción al respecto.

En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 es del siguiente tenor literal:

ARTÍCULO 204. MONTO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS COTIZACIONES.

<Inciso 1o. modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

<Inciso 2o. INEXEQUIBLE>.

*<Aparte tachado INEXEQUIBLE> <Inciso adicionado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> **La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional**, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008.*

PARÁGRAFO 1o. *La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta Ley.*

PARÁGRAFO 2o. *Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.*

PARÁGRAFO 3o. *Cuando se devenguen mensualmente más de 20 salarios mínimos legales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud<4>.*

PARÁGRAFO 4o. *<Parágrafo adicionado por el artículo 31 de la Ley 1607 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> A partir del 1o de enero de 2014, estarán exoneradas de la cotización al Régimen Contributivo de Salud del que trata este artículo, las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, por sus trabajadores que devenguen hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

De lo dispuesto en la preceptiva legal en cita, se tiene que la obligación de cotizar a salud para los pensionados equivale al 12% **del valor percibido por concepto de mesada pensional**, comprendiendo ésta todos valores percibidos con ocasión de la pensión reconocida.

No desconoce esta instancia judicial que los pensionados devengan mesadas ordinarias –mes a mes- y mesadas adicionales –junio y diciembre-, sin embargo, la norma no distingue entre ellas al momento de imponer la obligación de cotizar a salud en cuantía del 12% sobre lo devengado.

Valga precisar aquí que, en virtud del criterio gramatical de interpretación jurídica previsto en el artículo 27 del Código Civil, cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu; tal es el caso objeto de estudio, en el que a juicio de esta instancia judicial la expresión “mesada pensional” cobija tanto las devengadas en forma ordinaria como aquellas que han sido denominadas adicionales y que son incluidas en nómina los meses de junio y diciembre.

En este orden de ideas, no es viable entrar a distinguir entre un concepto y otro a fin de precisar sobre cuál de ellos procede el descuento por cotización en salud, puesto que si el legislador no lo hizo, ante la claridad de la norma ello no le es permitido al intérprete.

Ahora bien, no desconoce esta juzgadora que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado en diferentes oportunidades que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no están obligados a aportar con cargo a sus mesadas adicionales el 12% que la norma prevé como cotización en salud, sin embargo, esta instancia judicial no comparte dicho criterio, conforme pasa a explicarse.

En concepto expedido el 16 de diciembre de 1997 - referencia No. 1064 la citada Sala consideró que *“Las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles de descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados del sistema 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 éste 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 (24%) por ciento para cada uno de estos meses”*.

Para el once (11) de marzo de dos mil diez (2010) en concepto rendido bajo la radiación N° 11001-03-06-000-2010-00009-00 (1.988) la misma Sala distinguió entre los docentes vinculados al servicio estatal antes y después del 27 de junio de 2003, considerando frente a los primeros que el descuento de la cotización del 5% para salud se hace sobre cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales; y frente a los segundos, que la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual, no de la mensualidad adicional.

Lo primero que debe precisar el Despacho es que conforme lo dispuesto en el artículo 112 el CPACA los miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y sus conceptos no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario; entonces, con fundamento en dicha preceptiva legal esta instancia judicial se apartará de los conceptos antes relacionados.

Como fundamento de tal decisión esta juzgadora toma en consideración dos aspectos a saber, el primero de ellos relativo al contenido y alcance del artículo 81 la Ley 812 de 2003 y el segundo atinente a la naturaleza jurídica de las mesadas adicionales devengadas en junio y diciembre. Veamos.

El artículo 81 de la Ley en su inciso 4º precisó que 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, sin hacer ningún tipo de distinción en cuanto a su aplicación entre quienes se hubiesen afiliado a dicho fondo antes o después de su vigencia.

En efecto, dicha circunstancia es tenida en cuenta y puesta de presente por la Corte Constitucional en la citada sentencia al distinguir entre el régimen prestacional y el de cotización, precisando que este último es el regulado por la citada norma al señalar que la cotización de todos los docentes afiliados al FOMAG – sin establecer 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”*.

Bajo tales presupuestos y aplicando nuevamente la interpretación gramatical de la norma –art. 27 Código Civil- , considera esta juzgadora que el alcance del artículo 81 inc. 4 es claro –aplica para todos los afiliados pensionados del FOMAG- y en tal sentido no admite interpretación alguna.

Así las cosas, se reitera, esta instancia judicial no comparte la distinción efectuada por la Sala de Consulta y Servicio Civil en materia de cotización a salud de los pensionados del FOMAG, pues conforme se ha explicado desde la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, todos los pensionados de dicho Fondo deben cotizar a salud conforme las disposiciones de las Leyes 100 y 797 de 2003; téngase en cuenta además, que frente a los docentes vinculados al servicio estatal a partir del 27 de junio de 2003, ninguno de ellos puede acreditar a la fecha 20 años de servicio, pues desde aquella data solo han transcurrido 14 años.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica de las mesadas adicionales, debe precisarse el fundamento legal de las mismas:

La mesada adicional devengada en el mes de junio fue creada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, cuyo tenor literal enseña:

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS.
<Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> 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, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, 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.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

Frente a dicha mesada pensional –art. 142 de la Ley 100 de 1993-, la H., Corte Constitucional estudio su constitucionalidad a través de sentencia C-529 de 1996, oportunidad en la que precisó que *“el beneficio de la mesada adicional se creó con el fin de equilibrar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda para aquellas personas que, como los pensionados, en virtud de su situación y posición en la sociedad, requieren de una atención especial por parte del Estado (CP arts 13, 48 y 53). La mesada adicional es pues una forma de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda de aquellas personas que reciben pensiones devaluadas. Se trata de una finalidad que armoniza con la Carta, pues el Estado debe garantizar el reajuste periódico de las pensiones y que los recursos en este campo mantengan su poder adquisitivo (CP arts 48 y 53)”*.

A su turno, la mesada pensional devengada en el mes de diciembre es creada con la Ley 4ª de 1976 cuyo artículo 5 prescribe que *“Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite el derecho, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto”*.

Con posterioridad, la Ley 100 de 1993 dispuso en su artículo 50 que *“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” (Subrayas del Despacho).*

Entiende entonces esta juzgadora que tanto las mesadas ordinarias como las adicionales hacen parte integral de una única prestación, lo cual tiene como fundamento el hecho de que es uno el derecho pensional que causa ambos pagos –mesada ordinaria y adicional- y que no existen razones de hecho ni de derecho para considerarlas en forma separada como si se tratara de dos prestaciones diferentes.

Ciertamente, no se considera acertada la apreciación de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado según la cual al efectuarse el descuento del 12% sobre la mesada adicional se estaría descontando un total del 24% para esa mensualidad; lo anterior con fundamento en el siguiente cálculo matemático que de forma hipotética se plantea con miras a dilucidar el asunto:

Supongamos que el valor de la mesada pensional es de \$100.000

El 12% equivaldría a \$12.000

Para los meses en que se devenga tanto la mesada ordinaria como la adicional, se recibe en total \$200.000

Suma respecto de la cual el 12% asciende a \$24.000

Si a ese total devengado se le descontara el 24% que aduce la Sala de Servicio y Consulta Civil, el valor correspondería a \$48.000, lo que en efecto no se configura.

En estos casos, ocurre que al aumentar el ingreso mensual devengado -mesada ordinaria más mesada adicional- lógicamente incrementa el monto total de lo descontado, pues se reitera, el derecho pensional es uno solo y no es dable separar la mesada ordinaria de la adicional so pretexto de que solo respecto de aquella se satisfaga la obligación de cotizar a salud.

Colofón de lo hasta aquí expuesto, considera esta instancia judicial que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, como quiera que conforme lo hasta aquí expuesto debe concluirse que el descuento que se viene efectuando por concepto de cotización a salud frente a lo devengado como mesada adicional, se encuentra ajustado a derecho.

COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con lo previsto en el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012 – C.G.P., se condenará a la parte vencida en el proceso al pago de costas, por tanto se condenará a la parte demandante al pago de costas a favor de la parte demandada. Una vez en firme esta providencia por Secretaría liquidense.

Sin más consideraciones, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte actora y a favor de la parte demandada.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación por secretaría siguiendo las pautas establecidas en el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ZULAY CAMACHO GALERO

Juez