

República De Colombia



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
DE VALLEDUPAR - CESAR**

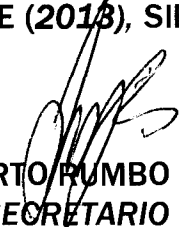
E D I C T O

RADICADO	:	20001-23-31-000-2012-00267-00
CLASE DE PROCESO	:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE (S)	:	WILSON RAFAEL GARCES CANTILLO
DEMANDADO (S)	:	NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- MUNICIPIO DE VALLEDUPAR

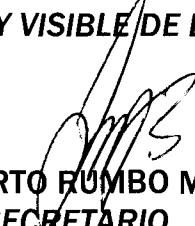
EL SUSCRITO SECRETARIO DE ESTE DESPACHO JUDICIAL, **HACE SABER** QUE DENTRO DEL REFERENCIADO, SE DICTO:

SENTENCIA DE FECHA	EL SEÑOR JUEZ
23 DE SEPTIEMBRE 2013	JAIME ALFONSO CASTRO MARTINEZ

Y PARA NOTIFICAR A LAS PARTES Y DEMAS INTERESADOS DEL CONTENIDO DEL FALLO ANTERIOR, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO, EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE LA SECRETARIA DE ESTE JUZGADO, POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DIAS, HOY VEINTISIETE (27) de SEPTIEMBRE de DOS MIL TRECE (2013), SIENDO LAS OCHO (8:00) DE LA MAÑANA.


JOSE ALBERTO RUMBO MAESTRE
SECRETARIO

SE DEJA CONSTANCIA QUE EL PRESENTE EDICTO SE DESFIJA HOY OCTUBRE PRIMERO (01) DE 2013, SIENDO LAS SEIS (6:00) DE LA TARDE, DESPUES DE ESTAR FIJADO POR EL TERMINO LEGAL, EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE LA SECRETARIA.


JOSE ALBERTO RUMBO MAESTRE
SECRETARIO



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
Valledupar, Veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante: Wilson Rafael Garces Cantillo.
Demandado: Nación -Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional -
Municipio de Valledupar.
Radicación: 20-001-33-31-001-2012-00267-00.

I. ASUNTO

WILSON RAFAEL GARCES CANTILLO, en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

II. DEMANDA

Pide el actor que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre las siguientes:

III. PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 17-02-2012, por el cual se resuelve la solicitud de devolución de los descuentos de las mesadas adicionales de la pensión de jubilación.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 07-05-2012 en relación con la petición presentada el 12-01-2012, por el cual se resuelve la solicitud de devolución de los descuentos de las mesadas adicionales de la pensión de jubilación.

TERCERA: Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR SECRETARIA DE EDUCACIÓN** – devuelva las sumas de dinero que ha descontado de las mesadas adicionales de la pensión de jubilación, por concepto de aporte de salud.

CUARTA: Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL**

DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR SECRETARIA DE EDUCACIÓN – pague los intereses moratorios causados desde que se hizo exigible la obligación.

QUINTA: Ordenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR SECRETARIA DE EDUCACIÓN – pague la indexación sobre las sumas de dineros adeudadas a mi poderdante.

SEXTA: Condenar a la parte demandada al pago de las agencias en derecho y las costas procesales.

IV. HECHOS

1. La SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR mediante Resolución No. 691 del 17 de noviembre de 2010, reconoció una pensión vitalicia de jubilación a favor de mi poderdante, en cuantía de \$ 1.599.098, efectiva a partir del 08 de noviembre de 2008.
2. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realiza un descuento equivalente al 12% a las mesadas pensionales adicionales desde el momento en que le fue reconocida la pensión de jubilación y actualmente le descuentan el equivalente 12.5% de las mesadas adicionales de la pensión de jubilación.
3. Por lo anterior, mediante petición radicada el día 12-01-2012, el convocante solicitó a la entidad territorial convocada la devolución de las sumas de dinero descontados de las mesadas adicionales de la pensión de jubilación.
4. La Secretaria de Educación Municipal, corre traslado a la Fiduprevisora S.A., a fin de dar contestación al derecho de petición incoado, en fecha 17-02-2012.
5. La Fiduprevisora S.A., mediante respuesta de fecha 07-05-2012, da contestación al derecho de petición que niega la solicitud de la devolución de los descuentos en salud en las mesadas adicionales.
6. Para efecto de agotar el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, dentro del término legal presenté solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial Administrativa.

V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se consideran infringidas las siguientes disposiciones: Legales: Art 23, 25, inciso 2° del artículo 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 5° de la ley 4ª de 1976; artículo 7° de la ley 42 de 1982; artículo 5° de la ley 43 de 1984; artículo 50 de la ley 100 de 1993; artículo 142 de la ley 100 de 1993; artículo 1° del Decreto 1073 de 2002; artículo 81 de la ley 812 de 2003.

En lo tocante al concepto de la violación manifestó que en el marco del derecho a la seguridad social y en especial, en atención a los “elementos de la seguridad social” definidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), es innegable que las autoridades administrativas demandadas no están facultadas para descontar suma alguna de las mesadas adicionales que percibe el accionante en los meses de junio y diciembre, de manera que los descuentos que han aplicado a la pensión de jubilación resultan ilegales; no existe disposición constitucional o legal alguna que permita el descuento por concepto de aporte a la salud de las mesadas adicionales que perciben los pensionados en los meses de junio y diciembre de cada año, por el contrario, expresamente las disposiciones que se pasan a analizar prohíben el descuento de porcentaje alguno de dichas mesadas: artículo 5 de la ley 4ª de 1976; artículo 7º de la ley 42 de 1982; artículo 5º de la ley 43 de 1984; ley 100 de 1993; decreto 1073 de 2002 que reglamenta la ley 71 y 79 de 1988.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En esta oportunidad procesal, el apoderado judicial de la Secretaria de Educación del Municipio de Valledupar, contestó la demanda manifestando con respecto a las pretensiones que se opone a todas. En cuanto los hechos sostuvo que todos son ciertos. Formuló las siguientes excepciones: 1) Falta de legitimación en la Causa por pasiva: Dijo al respecto, que el actor debió demandar solamente a la Nación, Ministerio de Educación Nacional y al Fondo de Prestaciones Sociales, ya que de conformidad con la Ley 715 de 2001, Decreto 1278 de 2002, son estos los que establecen las asignaciones salariales y prestaciones sociales de los docentes y directivos docentes al servicio del Estado. Que el Municipio de Valledupar como ente territorial certificado para la administración y dirección del servicio educativo en su jurisdicción el municipio de Valledupar solamente se limita a efectuar los pagos de las prestaciones sociales y salarios de cada uno de estos servidores públicos.

Las demás entidades demandadas NO contestaron la demanda.

VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En esta oportunidad procesal el Ministerio Público guardó silencio.

VIII. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 29 de Noviembre de 2012 (fl.29) a la cual se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 11 de diciembre de 2012 (fl.36), notificaciones, al municipio demandado (fl.38), al Procurador Judicial 185 Administrativo Delegado ante esta agencia judicial (fl.38), a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica (fl.38), al Ministerio de Educación (fl.38) y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda (fl.40). Vencido el término de traslado para la contestación de la demanda, se dispuso a señalar fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011, (fl.55), en la cual luego de surtirse, por no decretarse pruebas por cuanto se

aportaron las necesarias por el demandante-, se prescindió de la audiencia de pruebas, y se corrió termino para la presentación de los escritos de alegatos a las partes, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 1437/2011. Los cuales no fueron presentados Luego se pasó el expediente al Despacho, para que el señor Juez profiriera la respectiva providencia. (fl. 65-66).

IX. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad procesal las partes guardaron absoluto silencio.

X.- CONSIDERACIONES

10.1-Pronunciamiento sobre Nulidades, Presupuestos Procesales y Caducidad.

No encuentra el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad parcial o total de lo actuado. Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales. En efecto, esta agencia judicial es competente en razón de la naturaleza del asunto y el lugar donde ocurrió el hecho. La demanda fue presentada dentro del término legal para ello, de tal manera que no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

10.2.-Problema Jurídico.

El Problema Jurídico en el sub-lite, consiste en determinar dentro de la presente contención ¿si el accionante en su condición de docente tiene derecho a que se le realice la devolución de los descuentos de las mesadas adicionales correspondiente a los meses de junio y diciembre en los años 2009, 2010, 2011 y 2012, aplicado a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, beneficiarios de la pensión ordinaria de jubilación sobre las mesadas adicionales?

10.3.- Normatividad Aplicables al caso en concreto.

A través de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, con el objeto de que se encargara de asumir las obligaciones prestacionales y garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales a los docentes afiliados (nacionales, nacionalizados y territoriales, de tal manera, que se terminó por distribuir tales obligaciones entre la Nación y las entidades territoriales.

10.4. - Del descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre en la pensión de jubilación: en lo referente a la litis que nos ocupa y en caso similar el Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Decisión de Descongestión N° 9 Despacho N° 4 mediante sentencia de fecha 04 de abril de 2013, Magistrado Ponente DR. César Humberto

Sierra Peña expresó:

Los docentes 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, a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación, de lo que sí se benefician es 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.

En consideración a lo anterior, se recuerda que el descuento para salud fue consagrado en principio por el Decreto 1743 de 1966 reglamentario de la Ley 6ª de 1966, que indicó:

“ARTÍCULO 2o. Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento en éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).

Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación.

PARÁGRAFO. Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión.”

ARTICULO 3o¹. “A partir del 1o. de enero de 1966, los establecimientos públicos, institutos descentralizados y demás entidades de derecho público del orden nacional, con patrimonio propio y cuyos trabajadores sean afiliados forzosos a la Caja Nacional de Previsión Social, están obligados a contribuir con un cinco por ciento (5%) del valor de sus respectivos presupuestos de funcionamiento, con destino a dicha entidad por concepto de cuota patronal. Igualmente, los Notarios y Registradores están obligados a destinar un cinco por ciento (5%) de los ingresos mensuales, debidamente certificados por la Superintendencia de Notariado y Registro, a favor de la Caja Nacional de Previsión Social.

Los Pagadores respectivos no podrán hacer pagos sin que previamente giren el cinco por ciento (5%) para la Caja Nacional de Previsión Social”.

¹ Art. 3. “Créase 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. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional”.

El Decreto Reglamentario 1848 de 1969, señaló:

"Art. 90...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".

El Decreto 732 de 1976² reglamentario de la Ley 4ª de 1976 dispuso:

Artículo 16. A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:

- 1. Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.*
- 2. Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria..."*

La Ley 42 de 1982 en su artículo 7°, proscribió expresamente todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5° de la Ley 4ª de 1976, tanto a las organizaciones gremiales, como a las entidades encargadas del pago de pensiones.

Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984, publicada en el Diario Oficial N° 36.824, del 3 de enero de 1985, así:

"Artículo 5°.- 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".

Ley 91 de 1989, por su parte, dispuso 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° de la citada disposición, indicó :

"Art. 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*

² Decreto 732 de 1976, reglamentario de la ley 4ª de 1976, dispuso: "...Artículo 16. A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él Establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:

1. Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.
2. Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica Ordinaria.

..."

2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.

4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados. Negrillas fuera de texto y subrayado nuestro.

(...)

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

En este punto, conviene precisar que todos los docentes pasaron a ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a cargo de la administración de su servicio médico de salud, por ende, dicha entidad se encontraba autorizada por la Ley 91 de 1989 para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara, inclusive las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.

Dicho régimen de cotización cambiaría a la postre, ya que el legislador autorizó que a los docentes se les descontara por concepto de salud el porcentaje que estableciera las leyes del Sistema General de Salud, y en esa medida, dejó de aplicarse el correspondiente al 5% previsto en la norma especial para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal y como se verá más adelante.

La Ley 100 de 1993, creó el Sistema de Seguridad Social Integral, y en su artículo 279 expresamente dispuso:

“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..."

A través 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, se proscribió los descuentos sobre las mesadas pensionales adicionales sobre los beneficiarios de dicho régimen, de la siguiente manera:

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

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

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

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales".

Mediante la Ley 812 de 2003 vigente a partir del 27 de junio de 2003, el legislador dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, como se cita enseguida:

"ARTÍCULO 81....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..."

El inciso 4° del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte

Constitucional³ bajo las siguientes consideraciones:

“...6- La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan.

Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción - corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.”

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 1993³, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007⁴ en 12.5%, y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008⁵ en el porcentaje del 12%.

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso que:

“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

³ Corte Constitucional. Sentencia C-369. De 2004 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet.

³ “La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”.

⁴ “ARTÍCULO 10. Modifícase el inciso 1o del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así: ... La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización...”

⁵ “Art 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así: ...La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional”

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".

Entiende el Despacho, que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional dado que por pertenecer a uno especial, se encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 de la citada ley, y el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005 que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Así las cosas, se tiene que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que, es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Si bien, las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales, no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989 especial y posterior sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°, por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente⁶ el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general, y obedece a la libre configuración legislativa.

En ese sentido el Honorable Consejo de Estado⁷, al decidir una acción de tutela interpuesta contra una sentencia judicial 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

⁶ ARTICULO 71. C.C. "La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial.

ARTICULO 72. "La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley."

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 2012-00411-00(ac), C.P.William Giraldo Giraldo. Criterio reiterado por dicha sección en sentencia del 15 de noviembre de 2012, exp. 2012-01286-00, con ponencia del mismo magistrado.

al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló:

"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 establecido 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 establecido en dicha Ley, razón por la que se creó un régimen especial, cuyas disposiciones se encuentran ratificadas por el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por el parágrafo transitorio 1° del acto legislativo 001 de 2005.

(...) 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 1° 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 parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso lo siguiente:

'Parágrafo 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 5° 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.

(...)De la normativa transcrita 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 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".

En el sub lite, la normatividad que regula el régimen excepcional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio deben ser las aplicadas, por encontrarse vigentes y ser las especiales al caso, más allá de las interpretaciones realizadas por el actor, toda vez, que de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus decisiones "sólo están sometidos al imperio de la ley".

El ordenamiento jurídico existente debe ser acatado, diferenciando las normas especiales que rigen cada caso en concreto, pues, "el juez no puede decidir un proceso desconociendo el principio de legalidad, es decir, el fallador no puede dirimir una litis solo fundamentado en su leal saber y entender, desconociendo, vulnerando y quebrantando el orden constitucional, por el contrario al ser éste el guardador de la justicia, con mayor gracia debe ceñirse estrictamente a la normatividad aplicable a cada caso en concreto, con el objetivo primordial de proferir providencias que garanticen los derechos de las partes intervinientes en las controversias"⁸.

Lo Probado en el Proceso:

Con las pruebas allegadas al proceso se pudo demostrar que:

El señor Wilson Rafael Garcés Cantillo, mediante resolución No. 0558 del 14 de diciembre de 2009, proferida por la Secretaria de Educación Municipal de Valledupar, se le reconoce y ordena un pago de una pensión vitalicia de jubilación por valor de Un Millón Trescientos Dieciséis Mil Trescientos Treinta y Tres Pesos (\$1.316.333.00), por concepto de pensión vitalicia posteriormente dicha pensión fue reliquidada por la misma entidad mediante resolución No. 0691 del 17 de noviembre de 2010, se le reconoce al accionante la suma de

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A", sentencia del 29 de noviembre de 2007, exp. 2007-01218-00(AC) C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

Un Millón Quinientos Noventa y Nueve y Mil Noventa y Ocho Pesos (\$1.599.098.00) visible (fls 25 – 26), siendo efectiva desde el ocho (08) de noviembre de 2008.

Caso Concreto:

Este Despacho no encuentra razón para acceder a las pretensiones de la demanda y en consecuencia ordenar la devolución de los descuentos que por concepto de salud el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la FIDUPREVISORA, ha realizado a las mesadas pensionales adicionales del actor, toda vez, que dicha entidad se encuentra autorizada por la Ley 91 de 1989, que dispuso que 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, indicando en su numeral 5° del artículo 8 lo siguiente: **5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.** Negrillas fuera de texto y subrayado nuestro.

Además a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales 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 1993⁹, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007¹⁰ en 12.5%, y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹¹ fijó en el porcentaje del 12%.

Por lo que de acuerdo a las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales, establecidas la Ley 91 de 1989, que permitió de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°, de igual forma las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente¹² el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento

⁹ “La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”.

¹⁰ “ARTÍCULO 10. Modifícase el inciso 1o del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así: ... La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización...”

¹¹ “Art 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así: ...La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional”

¹² ARTÍCULO 71. C.C. “La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial.

ARTÍCULO 72. “La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.”

por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes.

Debido a que lo que hizo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 fue precisar que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio se les aplicaría la cotización del 12% consagrada en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que conservó el reconocimiento de régimen especial del magisterio.

Los argumentos expuestos en líneas anteriores servirán de fundamento para que este Juzgado proceda a denegar el presente medio de control, pues no se avizora que los actos demandados sean contrarios a las normas pensionales aplicadas a la actora, por lo que la parte actora no puede pretender que se liquide y pague el reintegro de los descuentos de salud, pues, éstos se encuentran permitidos por el régimen especial al cual pertenece, esto es el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Argumentos que servirán de fundamento para que este Juzgado proceda, como en efecto se hará, a negar las suplicas de la presente demanda.

Finalmente, es de advertir, que el Municipio de Valledupar/Secretaría de Educación Municipal, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la que esta llamada a prosperar, en razón que dicho ente no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la pensión de la accionante, sino que de conformidad con la Ley 91 de 1989 artículo 5 y ss, se encarga en condición de delegada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de proyectar y elaborar el acto administrativo (resolución mediante se le reconoce y ordena pago de una pensión vitalicia de jubilación a los docentes), para luego enviarlo a la sociedad fiduciaria, para su aprobación y posterior pago a lo que tenga derecho el docente. Por lo anterior, dicho ente territorial no tiene legitimación para ser parte en este proceso y así se declarara en la parte resolutive de esta providencia.

Costas. Finalmente, teniendo en cuenta que las pretensiones persiguen un reconocimiento laboral y considerando que la parte demandante no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, este Despacho no condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la prosperidad de la excepción de falta de legitimación por pasiva esgrimida por el apoderado judicial de la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Denegar las pretensiones de la demanda, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y Cúmplase.



JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ
Juez Primero Administrativo del Circuito de Valledupar.