

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

SENTENCIA N° 150.

RADICACIÓN : 76001-3333-001-2017- 00291- 00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y REST. DEL DCHO LABORAL
DEMANDANTE : LUZ DARY ROJAS CALDERÓN
DEMANDADO : NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FOMAG Y OTRO

Santiago de Cali, dos (2) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

La señora LUZ DARY ROJAS CALDERÓN, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la NACIÓN – MINISTERI DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG y el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI -, para que se hicieran las siguientes

1. DECLARACIONES

1.1. Que se declare configurado el silencio administrativo negativo respecto de la petición presentada el 25 de noviembre de 2015, mediante la cual la demandante solicitó el incremento de la pensión en la misma proporción en que se incrementa el salario mínimo, igualmente la devolución de los dineros superiores al 5% de los descuentos de salud de las mesadas pensionales ordinarias y de las adicionales de junio y diciembre.

1.2. A título de restablecimiento del derecho, se ratifique que la demandante pertenece al régimen exceptuado consagrado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por estar vinculada a la educación oficial docente desde antes del 27 de junio de 2003 en consecuencia de ello se declare que:

i) La demandante tiene derecho a que se le reintegren los descuentos pensionales por concepto de salud que excedan del 5% de las mesadas ordinarias y adicionales de junio y diciembre de conformidad con el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

ii) Que la mesada pensional de la demandante debe reajustarse anualmente en el porcentaje en que cada año es incrementado el salario mínimo legal mensual, con base en lo establecido en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, desde el momento de adquisición de su status jurídico de pensionada;

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

Fundamenta su demanda en los siguientes,

2. HECHOS

2.1. La demandante se vinculó como docente oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003 y una vez cumplió los requisitos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión de jubilación a través de la Resolución 4143.0.21.4678 de 8 de agosto de 2007.

2.2. El Fomag le descuenta a la actora de su mesada pensional, incluyendo las adicionales de junio y diciembre el 12%, como aportes de salud.

2.3. La mesada pensional de la actora viene siendo incrementada anualmente con base en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en el porcentaje correspondiente al IPC certificado por el DANE.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Cita como normas violadas las siguientes:

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

En cuanto al concepto de violación arguye que se vulnera la constitución en su preámbulo, igualmente los derechos fundamentales de igualdad, seguridad social y derecho al mínimo vital móvil y de favorabilidad.

De la misma manera respecto al monto de cotización explica que el artículo 81 de la ley 812 de 2003 delimitó el régimen pensional de los docentes oficiales teniendo en cuenta la fecha de vinculación al servicio, es decir, hacen parte del régimen exceptuado quienes se encuentren vinculados antes del 27 de junio de 2003, siéndoles aplicables en materia pensional las leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, razón por la cual están obligados a efectuar aportes al régimen de seguridad social en salud en un monto de cotización del 5% y no del 12% como lo pretende la entidad demandada.

Precisa que, si bien el artículo 81 de la ley 797 de 2003 extendió dicha cotización a los docentes vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no lo hizo frente al grupo de personas que estaban antes de la entrada en vigencia de esta norma, esto es, el 27 de junio de 2003.

Refiere que de conformidad con el parágrafo 1º del acto legislativo 01 de 2005 la

situación pensional de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la ley 812 de 2003, se regirá por lo establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; de acuerdo a los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado No. 1857 del 10 de septiembre de 2009 y el No. 1988 del 11 de marzo de 2010.

En cuanto al ajuste anual de la pensión de jubilación de los docentes arguye que los quienes fueron vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 pertenecen a un régimen especial y deben ser regidos por leyes especiales, normatividad que ordena incrementar anualmente la mesada pensional en el mismo porcentaje decretado por el gobierno para el reajuste del salario mínimo, sin embargo, la pensión de la parte actora está siendo incrementada con base en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir conforme al IPC, situación que lleva a una disminución gradual del valor de la mesada pensional.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

4.1. NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FOMAG

Esta entidad contestó la demanda dentro del término de ley¹, a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que 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%, en sustento de lo dicho citó la sentencia No. C-369 de 2004 de la Corte Constitucional.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, causación de la seguridad social y prescripción”*.

4.2. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

A través de apoderado judicial mediante escrito presentado de manera oportuna², esta entidad se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que a través de la Ley 91 de 1989 fue creado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad encargada de administrar las prestaciones sociales del personal afiliado a él, tal como lo regula el artículo 4, así mismo refiere que dicho fondo es una cuenta sin personería jurídica, y que la administración de los recursos se hace a través de una entidad fiduciaria que para el caso es la FIDUPREVISORA S.A., quien es una entidad totalmente independiente de la Secretaría de Educación, quien revisa y aprueba e igualmente es la encargada de programar y realizar los pagos respectivos, a la luz de la normativa anunciada, y realizar los descuentos a las mesadas pensionales, correspondiendo 5% y 12 % establecidos por la ley.

¹ Folios 96 a 101 del expediente.

² Folios 109 a 117 del expediente.

Expresa que para el presente caso es evidente que la Secretaría de Educación Municipal no es la entidad pagadora, ésta sólo cumple las funciones administrativas de recepción y trámite, pues su función va hasta la elaboración de los actos administrativos de reconocimiento o negación según sea el caso que la FIDUPREVISORA lo indique; por consiguiente, es la fiduciaria la encargada de materializar el pago correspondiente.

Por último, aduce que la Administración Municipal - Secretaría de Educación ha obrado con legalidad y cada uno de sus actos se encuentra ajustado a derecho. Por lo tanto, al no ser esta Secretaría la entidad obligada a determinar el reconocimiento de dicha prestación económica, tampoco es de su competencia el pago de la misma, formulando las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva y la innominada.

5. TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 213 del 21 de marzo de 2018³, llevadas a cabo las notificaciones del auto admisorio a los sujetos procesales en debida forma, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem⁴, en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno y entre otras se decretaron las pruebas, posteriormente se cumplió con la audiencia de pruebas⁵, en la cual cerró el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. PARTE DEMANDANTE:

Mediante escrito visible a folios 169 a 176 del expediente, presentó oportunamente sus alegatos de conclusión, a través de los cuales manifestó que de conformidad con lo previsto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, la implementación de la fórmula de cotización contenida en la Ley 100 de 1993, es solamente para los nuevos docentes que se vincularon con posterioridad al 26 de junio de 2003, a quienes la misma norma direccionó al sistema general de pensiones de prima media con prestación definida.

Seguidamente, refirió que el aporte que realiza la demandante de su pensión de jubilación para el sistema solidario de salud es sufragado 100% por él, luego no se puede predicar que a los docentes pensionados se les incrementó el monto del aporte por mandato del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en razón a que esta norma tiene un campo de acción solamente para los docentes que se vincularon con posterioridad a su entrada en vigencia y a cuyos empleadores el Gobierno Nacional les está compensando el incremento.

Luego, hizo alusión a la sentencia de unificación SU-014-CE-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado y a la sentencia de unificación

³ Folio 58 del expediente.

⁴ Folios 144 a 148 del expediente.

⁵ Folios 165 a 167 del expediente.

expedida por dicha Corporación el pasado 28 de agosto de 2018⁶, en donde se determinó que los docentes que se vincularon con anterioridad al 27 de junio de 2003 (fecha en la que entró en vigencia la Ley 812 de 2003), se deben regir por sus normas específicas que estaban vigentes con anterioridad a la precitada fecha, quedando de tal forma excluidos del ordenamiento de la Ley 100 de 1993.

En lo que corresponde a la fórmula que se debe aplicar para reajustar anualmente la mesada pensional de los docentes que se vincularon con anterioridad al 27 de junio de 2003, reiteró que los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran exceptuados del régimen general de seguridad social en pensión creado con la Ley 100 de 1993.

A partir de lo anterior, concluye que la demandante se encuentra cobijada por el régimen exceptuado y por ende, el régimen pensional aplicable es el contenido en la Ley 91 de 1989 y su mesada pensional se debe regir de conformidad con lo previsto en la Ley 91 de 1989, la Ley 71 de 1988 y demás normas concordantes.

6.2. PARTE DEMANDADA – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI:

A través de apoderado judicial, presentó oportunamente alegatos de conclusión⁷, mediante los cuales reiteró los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda y reiteró que en el presente asunto se encuentra probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial accionada, en razón a que no es la entidad pagadora, como quiera que sólo cumple las funciones administrativas de recepción, trámite y elaboración de los actos administrativos de reconocimiento o negación del derecho según sea el caso, dado que la FIDUPREVISORA, es la encargada de materializar el respectivo pago.

6.3. PARTE DEMANDADA – FOMAG:

Se advierte que de la revisión del expediente, se observa que dicha entidad no se pronunció dentro del término concedido para alegar de conclusión.

7. CONSIDERACIONES

7.1. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA

En cuanto a esta excepción propuesta por el municipio de Santiago de Cali, se tiene que de acuerdo con la ley 91 de 1989, el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes le corresponden al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que si bien las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de sus afiliados son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial en el cual presta sus servicios el docente, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-00, Actor: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación.

⁷ Folios 177 a 178 del expediente.

Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada; ello no implica que la obligación de realizar los descuentos de salud, y pagar las prestaciones sociales se traslade al municipio de Santiago de Cali, pues esto involucraría un desconocimiento de la citada Ley; por el contrario, su intervención es meramente instrumental en la realización del trámite de expedición del acto administrativo de reconocimiento.

Por ello, teniendo en cuenta la ley 91 de 1989, se considera que el municipio de Santiago de Cali no tiene injerencia en lo reclamado, puesto que el obligado, en el hipotético caso de acceder a las pretensiones, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por tanto, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de la entidad territorial en mención.

No obstante, se llama la atención a este territorial, para que en lo sucesivo, de cumplimiento a los preceptos legales que regulan su competencia en esta clase de asuntos, o en su defecto de cumplimiento a lo previsto en el artículo 21 del CPACA y remita la petición a la entidad que considere competente, toda vez que en el oficio No. 4143.3.13 6171 de 4 de diciembre de 2015⁸, esta entidad se limita a afirmar que no tiene injerencia alguna en la solicitud, imponiéndole de manera errada a la parte demandante la carga de presentar la petición ante la entidad que se considera que es la competente, incumpliendo la aplicación de esta normatividad.

7.2. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LA ACCIÓN.

Capacidad jurídica de las partes.

La demandante compareció por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la ley 1437 de 2011, de donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia. (Folio 1 del expediente)

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Santiago de Cali, se encuentran legitimados para comparecer al proceso conforme lo dispone el artículo 159 del CPACA a través de apoderado judicial, tal y como se comprueba en los poderes que obran a folio 137 y 118 del expediente.

Caducidad.

En el presente asunto, el acto administrativo demandado corresponde a un acto ficto mediante el cual se niega las peticiones de incremento y descuentos de salud respecto de una pensión de jubilación, en este orden de ideas tratándose de la nulidad de un silencio administrativo negativo no hay lugar a contar el término de caducidad conforme lo prevé el literal d) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA.

Requisito de procedibilidad.

Frente al agotamiento del requisito de la conciliación extrajudicial antes de

⁸ Folios 11 a 12 del expediente.

presentar la demanda y que está previsto en el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, se advierte que, al discutirse el reconocimiento de un derecho cierto e indiscutible, no era requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda.

Frente a la necesidad de agotamiento de la actuación administrativa prevista en el numeral 2 del artículo 161 ibídem, se observa que el acto demandado se trata de un acto ficto o presunto, disponiendo expresamente esta norma que, el silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

7.3. PRESUPUESTOS DE LA DEMANDA.

Competencia.

Por la naturaleza del proceso y al tratarse de una demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral, es competente esta Juzgadora para decidir el asunto en primera instancia conforme lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 155 del CPACA.

Demanda en forma.

La demanda se presentó conforme con los requisitos contenidos en los artículos 162 y 163 del CPACA.

7.4. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en establecer:

i. Si la demandante, en su calidad de docente oficial, tiene derecho al reajuste anual de su pensión vitalicia de jubilación en la misma proporción en que el Gobierno incrementa el salario mínimo y.

ii. Si es procedente el reintegro a la actora en calidad de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como beneficiaria de la pensión ordinaria de jubilación, de los descuentos superiores al 5% que a título de aportes de seguridad social por concepto de salud se descuentan de las mesadas pensionales ordinarias y de las adicionales de junio y diciembre.

Para resolver el problema jurídico antes planteado, el Juzgado procederá al estudio del asunto en el siguiente orden:

- i. Régimen legal sobre el incremento pensional y los descuentos de salud en las mesadas ordinarias y adicionales de los docentes
- ii. De lo probado en el proceso.
- iii. Del caso en concreto.

i. RÉGIMEN LEGAL SOBRE EL INCREMENTO PENSIONAL Y LOS DESCUENTOS DE SALUD EN LAS MESADAS ORDINARIAS Y ADICIONALES DE LOS DOCENTES

Reajuste de la mesada pensional

El artículo 1 de la ley 4 de 1976, respecto a reajuste de las pensiones, consagra:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Cuando transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá así: se hallará el valor de incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

Establecido el incremento, se procederá a reajustar todas las pensiones conforme a lo previsto en el inciso 2 de este Artículo.

Parágrafo 1º.- Con base en los promedios de salarios asegurados, establecidos por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, se reajustarán las pensiones del sector privado y las del mismo Instituto. Y las del sector público se reajustarán con los promedios establecidos por la Caja Nacional de Previsión Social.”

De la misma manera, el artículo 1 de la ley 71 de 1988, estipula:

“ARTICULO 1o. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

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

Respecto a este reajuste, el H. Consejo de Estado en providencia del 18 de junio de 2018, sostuvo⁹:

“(…) el reajuste de que trata la Ley 71 de 1988 *es aplicable para aquellas pensiones que quedaron cobijadas bajo dicha regulación, hasta la fecha en que entró a regir el artículo 14 de la Ley 100 de*

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00266-01(1091-17) Actor: Saúl Del Cristo Burgos Durango y Otras Demandado: Departamento de Córdoba

1993, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 289¹⁰, pues a partir del 1º de enero de 1995 o de 1996 según sea el caso¹¹, las pensiones serán ajustadas conforme lo manda el artículo 14." (Resalta el Juzgado)

De lo antes expuesto se extrae que con la expedición de la ley 100 de 1993, fue sustituido el artículo 1 de la ley 71 de 1988, por ello, sólo puede acudir a esta última norma en aquellos casos en los que las pensiones hayan sido reconocidas en el ámbito de aplicación de esta norma.

- **Descuentos de salud de las mesadas ordinarias y de las adicionales de junio y diciembre de los docentes.**

Para resolver el segundo problema jurídico planteado, el Juzgado examinará la normativa que ha regulado lo concerniente a los aportes al Sistema de Seguridad Social, especialmente con destino al servicio de salud del afiliado o sus beneficiarios.

Así, tenemos que la ley 4ª de 23 de abril de 1966, "por 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 a descontar de las mesadas de los pensionados, en favor de la entidad de previsión a la que se encuentren afiliados, en los siguientes términos:

"Artículo 2º. 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".

La disposición anterior es reiterada en 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", cuyo artículo 37 reza:

"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".

Igualmente, el Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamentó el decreto 3135 de 1968, señala lo siguiente:

"Artículo 90. Prestación asistencial.

¹⁰ Ley 100 de 1993. [...] ARTICULO. 289. -Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5º de la Ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen.

¹¹ Bien cuando se trate de pensiones nacionales o territoriales.

(...)

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".

La ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994, establecieron el monto de cotización al sistema de salud con un incremento que, para el año 1995, correspondió a un porcentaje del 11%, y para el año 1996 un 12% de la suma recibida como mesada pensional, así:

"COTIZACIÓN EN SALUD.

ARTÍCULO 30. MONTO DE LA COTIZACIÓN. *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."

Las anteriores disposiciones ponen de manifiesto la obligación del pensionado de hacer aportes con destino a la seguridad social en salud, así como que la base del porcentaje de cotización es "*cada mesada pensional*".

En cuanto a los docentes oficiales, es dable indicar que mediante la ley 91 de 1989 se 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 serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta.

El artículo 4º de esta normatividad consagró como una de las funciones del Fondo la atención de las prestaciones sociales de los docentes que se encuentren vinculados y se vinculen con posterioridad a la fecha de la promulgación de esa Ley.

Por su parte, en los numerales 2º y 4º del artículo 5º ibídem se señalaron como unos de sus objetivos los de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales y velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los

docentes.

Ahora bien, 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. En su artículo 204 se indicó que el valor de la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, y el artículo 143 del mismo estatuto indicó que la cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados estaría en su totalidad a cargo de éstos.

Posteriormente, fue promulgada la ley 812 de 2003 en cuyo inciso 4º del artículo 81 se ocupó de establecer que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponde a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Este aparte normativo 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 oportunidad¹²; de lo expuesto por la Alta Corporación, es de resaltar lo siguiente:

“8- 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.

(...)

9- Los intervinientes aciertan en señalar que la Corte ya había definido que la ley podía ordenar a los pensionados asumir integralmente la cotización en salud. En efecto, la sentencia C-126 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, declaró exequible el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que precisamente establece esa obligación en cabeza de los pensionados. La Corte consideró que, en desarrollo del principio de solidaridad (CP art. 1º), y con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, bien podía la ley ordenar que los pensionadas asumieran esa cotización, teniendo en cuenta la reducción del número de trabajadores activos por pensionada, y que en el momento en que la persona reúne los requisitos para acceder a la pensión, entonces cesa su obligación de cotizar por tal concepto, y por ello, “y sin que existan equivalencias matemáticas, la disminución del ingreso del jubilado, por cuanto debe asumir integralmente su cotización en salud, es en parte compensada por el hecho de que cesa la obligación de aportar para pensiones”.

En esas circunstancias, no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización en salud. El interrogante que subsiste es si la norma acusada debió o no

¹² 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.

prever una regulación de transición igual a la establecida por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que en el régimen general reajustó las pensiones en un valor equivalente al incremento de la cotización en salud.

....

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."

De acuerdo a lo anterior a partir del 27 de junio de 2003, se determinó que la cotización en salud para los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio debía ser del 12%, ante la remisión normativa que se hizo al artículo 143 de la ley 100 de 1993, que es la norma reguladora de *la tasa de cotización* para los servicios de salud de los pensionados.

- Descuentos adicionales de salud las mesadas de junio y diciembre

En cuanto a los descuentos de los aportes de salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre que excedan del 5%, objeto del presente litigio, tenemos que el Decreto 1073 del 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**, estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas 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.

No obstante, este último artículo fue declarado nulo parcialmente por el Consejo de Estado¹³, respecto de la prohibición de efectuar descuentos sobre la mesada del mes de junio, previstos en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, al considerar el alto tribunal que "el ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria al prohibir los descuentos en la mesada del mes de junio", lo que permitió la posibilidad de efectuar descuentos para el sistema de salud sobre esta mesada de mitad de año, conforme a la citada disposición que contempla lo siguiente:

*"Artículo 142. 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.*

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".

La nulidad declarada en la aludida sentencia no se refirió a la prohibición de realizar descuento para el servicio de salud sobre la mesada del mes de diciembre, prevista en el artículo 50 de la ley 100 de 1993, que dispone:

*"Artículo 50. 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.*

Respecto de esta mesada pensional adicional del mes de diciembre, la ley 4ª de 1976 "Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones", había señalado que a los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y similares, no se les podía descontar de la mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% a que se refiere el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, esto es, el aporte en salud; prohibición a la que también alude el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁴ mediante el cual se absolvió la consulta planteada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto a si "¿El reajuste para salud a que se refiere el artículo 143 de la ley 100 de 1993, aplicable a las mesadas mensuales, se debe aplicar igualmente a las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre?", a lo cual contestó:

¹³ Consejo de Estado. C.P. (E) Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia del 3 de febrero de 2005, radicado 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02) Actor: Abel Trujillo Sánchez.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P Augusto Trejos Jaramillo, concepto del 16 de diciembre de 1997, radicado 1064.

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

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

Las anteriores disposiciones normativas que corresponden al Régimen General de Seguridad Social en pensiones permitirían concluir que a la parte actora no se le debe descontar de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre el porcentaje con destino al pago de la cotización para salud; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la parte actora laboró en condición de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, categoría que se encuentra exceptuada de la aplicación del régimen general de seguridad social integral previsto en la ley 100 de 1993, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 279 de la mentada ley.

A los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se les aplica un régimen especial, según lo previsto 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, que señala:

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

En los términos de la disposición anterior, la norma que se encontraba vigente con anterioridad a la ley 812 de 2003, es la ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que dispuso como aporte de los pensionados el 5%, así:

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

(...)

*5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, **incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.** (NFT)*

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

Este artículo posteriormente fue modificado por el artículo 81 de la ley 812 de 2003, en lo concerniente a la **tasa de cotización del 12%**, dejando vigente el resto de su contenido, 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"

Este artículo, posteriormente fue reglamentado parcialmente por el Decreto 2341 de 2003, cuyo artículo 1° estableció que la tasa de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponde a la suma de aportes para la salud y pensiones establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, **sin que esta disposición pueda ser interpretada como una inclusión de la categoría de docentes pensionados en el régimen general de pensiones**, del cual están exceptuados conforme quedó expresado.

Resulta pertinente traer a cita la sentencia C-126 de 2000, mencionada igualmente en la sentencia C-369 de 2004, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, referente a la "cotización para salud", al considerar que tal disposición no vulnera el derecho a la igualdad de los docentes en cuanto no creó en favor de estos un mecanismo compensatorio de los aportes en salud, idéntico al establecido por la ley 100 de 1993 para el sistema general de seguridad social:

"los intervinientes aciertan en señalar que la Corte ya había definido que

la ley podía ordenar a los pensionados a asumir integralmente la cotización en salud. En efecto, la sentencia C – 126 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, declaró exequible el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que precisamente establece esa obligación en cabeza de los pensionados. La Corte consideró que, en desarrollo del principio de solidaridad (CP art. 1°), y con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, bien podría la ley ordenar que los pensionados asumieran esa cotización, teniendo en cuenta la reducción del número de trabajadores activos por pensionado, y que en el momento en que la persona reúne los requisitos para acceder a la pensión, entonces cesa su obligación de cotizar por tal concepto, y por ello, "y sin que existan equivalencias matemáticas, la disminución del ingreso del jubilado, por cuanto debe asumir integralmente su cotización en salud, es en parte compensada por el hecho de que cesa la obligación de aportar para pensiones".

En esas circunstancias, no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización en salud. El interrogante que subsiste es si la norma acusada debió o no prever una regulación de transición igual a la establecida por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 que en el régimen general reajustó las pensiones en un valor equivalente al incremento de la cotización en salud.

(...)

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 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, 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. "

Se resalta que, en el citado pronunciamiento, el alto Tribunal Constitucional dejó clara la aplicación autónoma de los regímenes general y el especial de seguridad social:

"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. Sin embargo, la Corte ha precisado que lo anterior no significa que sea imposible formular cargos de igualdad por eventuales discriminaciones que hayan podido ser ocasionadas en un régimen especial. Esta Corte ha concluido entonces que es posible excepcionalmente formular y estudiar cargos de igualdad fundados en la comparación parcial entre un régimen especial y el sistema general de seguridad social".

Así las cosas, no resulta de recibo invocar el principio de igualdad, para aplicar la normativa del régimen general al régimen especial de los docentes, pues tales regímenes no son escindibles, de tal manera que los beneficiarios del régimen especial establecido para los docentes, resultan destinatarios de este régimen de manera integral.

Por ello, dado el régimen especial que se aplica a los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo descuento para aporte al sistema de seguridad social en salud se encuentra previsto en la ley 91 de 1989, con las modificaciones previstas por el artículo 81 de la ley 812 de 2003 y la reglamentación del decreto 2341 de 2003, lo concerniente a la tasa de cotización del 12%, es el aplicable a cada una de las mesadas pensionales adicionales.

ii. DE LO PROBADO EN EL PROCESO

1. La demandante prestó sus servicios como docente oficial por más de 20 años, por ende, la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 4143.0.21.4678 del 8 de agosto de 2007, con fecha de status jurídico de pensionada el 19 de febrero de 2007. (fls. 7 a 9).
2. En la citada resolución se ordenó en el artículo 12 que se efectuó el descuento de los aportes de cada mesada pensional con destino a la prestación de los servicios médicos asistenciales.
3. A folio 10 obra comprobante de pago de la mesada pensional de la demandante del mes de junio del año 2009, en donde se avizora que se le realizó el descuento por concepto de cotización en salud, igualmente a folios 155 a 158, fueron aportados por parte de la Fiduprevisora S.A. extractos de pago desde el 31 de enero de 2008 hasta el 30 de abril de 2019 de la pensión de jubilación de la demandante, de lo cual se extrae que el porcentaje deducido por concepto de salud a la actora corresponde al 12%.
4. La demandante mediante derecho de petición radicado el día 25 de noviembre de 2015 ante la Secretaría de Educación del municipio de Cali- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitó el reintegro de los descuentos pensionales por concepto de salud que excedan del 5% de las mesadas ordinarias y adicionales y, el reajuste anual de su mesada pensional con base en el salario

mínimo. (fls. 3 a 6).

iii. DEL CASO EN CONCRETO

Pretende la parte actora que su mesada pensional sea reajustada anualmente con base en el porcentaje en que cada año es incrementado el salario mínimo legal mensual acorde con lo ordenado en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988; así mismo que se ordene el reintegro de los descuentos pensionales por concepto de salud que excedan del 5% de las mesadas ordinarias y adicionales de junio y diciembre de conformidad con el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Con base en la normatividad y jurisprudencia antes expuesta, respecto a la pretensión del reajuste de la mesada pensional conforme la ley 71 de 1988, se negará dado que a raíz de la expedición de la ley 100 de 1993, el propósito del artículo 1 de la ley 71 de 1988 fue sustituido por el artículo 14, adicional al hecho que de acuerdo a la cita jurisprudencial del H. Consejo de Estado antes citada, sólo puede acudir al régimen de la ley 71 en aquellos casos en los que las pensiones hayan sido reconocidas en su ámbito de aplicación, hecho que no se ajusta a lo acreditado en el plenario pues el reconocimiento pensional de la actora fue el 8 de agosto de 2007 con la Resolución No.4143.0.21.4678.

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

En cuanto a los descuentos que excedan del 5% de las mesadas pensionales, el Despacho considera que conforme las preceptivas legales y jurisprudenciales en cita, esta pretensión no es procedente, toda vez que 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 2003¹⁵; en efecto, el artículo 81 de la aludida ley consagra una remisión normativa relativa a la cotización por los docentes afiliados al FOMAG, consistente en que valor total de la tasa de cotización corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

De la misma manera, respecto a la aplicación de este precepto legal, la H. Corte Constitucional en la sentencia C-369 de 2004 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 a la fecha de vinculación al servicio docente, en consecuencia de conformidad con el artículo 204 de la ley 100 de 1993 la parte actora tiene la obligación de cotizar a salud un 12% del valor percibido por concepto de mesada pensional ordinaria y de las adicionales de junio y diciembre.

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

¹⁵ 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.

de salud por parte de los pensionadas, ya había sido estudiado por la Corte en el entendido de avalar su incremento, precisamente porque no hace parte del régimen prestacional, según puede extraerse de la providencia antes citada y cuyos apartes fueron transcritos en acápite anterior.

En ese entendido, para la Corte resultó admisible que el Legislador aumente el porcentaje de cotización por parte de los pensionados en materia de salud en aras del principio de solidaridad y equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, pues existe una compensación cuando se liberan del aporte pensional.

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

Con base en lo anterior el Despacho reitera que el inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 no hizo una clasificación entre afiliados o pensionadas, aporte o cotización, vinculados antes o después de la entrada en vigencia de la norma, esto es, 27 de junio de 2003; su aplicación se entiende, para todos los afiliados del Fondo, esto es, docentes activos y pensionados con vinculación anterior o posterior al 27 de junio de esa anualidad, sin que haya lugar a decir como lo sugiere el demandante, que exista un tratamiento diferenciado para algún grupo de los trabajadores mencionados, en atención a que el mismo legislador no lo hizo, lo que de contera desvirtúa el cargo propuesto.

Igualmente se extrae de las sentencias C- 369 de 2004 y C-126 de 2000 que el legislador no modificó el régimen prestacional de los docentes, lo hizo frente a las cotizaciones para lo cual se encuentra facultado, en consecuencia, con la norma en cuestión no se está creando un tercer régimen jurídico como lo pretende hacer ver la parte demandante.

Finalmente en cuanto al reintegro de los descuentos pensionales por concepto de salud que excedan del 5% de las mesadas adicionales de junio y diciembre, se concluye que, si bien la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado al absolver una consulta respecto al reajuste del pago de la cotización para la salud a que se refiere el artículo 143 de la ley 100 de 1993, consideró que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) de los pensionados, esta se refiere a los pensionados del sistema general de seguridad social en salud, por ello, siendo que a los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se les aplica el régimen especial, los descuentos para aportes al sistema de seguridad social en salud se encuentran previstos en la ley 91 de 1989, con las modificaciones expresas estipuladas por el artículo 81 de la ley 812 de 2003 y la reglamentación del decreto 2341 de 2003, lo concerniente a la tasa de cotización del 12%, es el aplicable a cada una de las mesadas pensionales adicionales, motivo por el cual se considera que no le asiste razón a la parte actora en su pretensión de devolución de los excedentes de los descuentos efectuados para el servicio de salud sobre las mismas.

Siendo del caso entonces negar las pretensiones de la demanda, en vista que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, razón por la cual los cargos de nulidad no prosperan.

En tal virtud, se procederá a declarar probadas las excepciones denominadas: “*inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y causación de la seguridad social*” formuladas por el apoderado judicial de la entidad accionada, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. No se hará pronunciamiento alguno respecto de la excepción de prescripción, dado que las pretensiones de la demanda fueron negadas.

8. COSTAS

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

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cueter¹⁶ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de: “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, formulada por el apoderado judicial del **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas: “*inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y causación de la seguridad social*” formuladas por el apoderado judicial de la entidad accionada, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

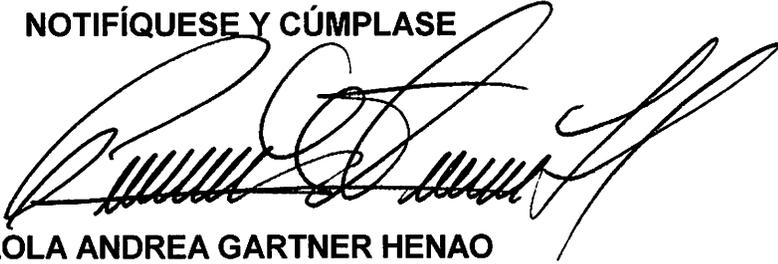
TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

¹⁶ Dijo la citada sentencia: “Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a *sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad*; ii) *se aduzcan calidades inexistentes*; iii) *se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos*; iv) *se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso*; o v) *se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)*”

QUINTO: LIQUIDAR los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI una vez ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Paola Andrea Gartner Henao', written over a horizontal line.

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez

Mat.