

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 260

Santiago de Cali, veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN : 76001-33-33-001-2018-00156-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y REST. DEL DCHO LABORAL
DEMANDANTE : LIGIA ARTEAGA BETANCOURT
DEMANDADO : NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FOMAG Y OTRO

La señora LIGIA ARTEAGA BETANCOURT, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la NACIÓN – MINISTERIO 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 la nulidad del acto ficto o presunto negativo surgido como consecuencia de la petición presentada el día 07 de marzo de 2017, por medio de la cual solicitó ante las entidades accionadas la devolución de los valores superiores al 5% que bajo el título de aportes para salud le han sido aplicados a las mesadas ordinarias y adicionales de junio y diciembre. Así mismo, solicitó que se ordene que los incrementos anuales que se le aplican a su pensión de jubilación, sean en la misma proporción al porcentaje decretado por el Gobierno Nacional para reajustar el salario mínimo mensual legal y no con base en el I.P.C. reportado por el DANE para cada año.

1.2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se 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.

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

Así mismo, se tiene que como pretensión subsidiaria solicitó que se ordene lo siguiente:

- i) El reintegro a la demandante de los dineros que bajo el rotulo de E.P.S. le han descontado en las mesadas adicionales de junio y diciembre, los cuales equivalen al 12% respecto del valor de la mesada pensional devengada.
- ii) Que se ordene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a no continuar realizando descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

Fundamenta su demanda en los siguientes,

2. HECHOS

2.1. Que 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 No. 5947 del 15 de diciembre de 2005, en cuantía equivalente a \$ 1.353.215, efectiva a partir del 25 de julio de 2005.

2.2. Que 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. Que 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.

2.4. Que el día 07 de marzo de 2017, la demandante presentó petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaria de Educación Municipal de Cali, solicitando la aplicación del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989 y del artículo 1º de la Ley 71 de 1988. A título subsidiario solicitó que en el evento que se determine que el régimen aplicable a la actora es el régimen general de pensiones, se proceda a no efectuar descuentos por salud respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre y, se ordene el reintegro de los valores cobrados por dicho concepto.

2.5. Que la anterior petición no ha sido resuelta de fondo por parte de la entidad accionada.

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 párrafo 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 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. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

A través de apoderado judicial mediante escrito presentado de manera oportuna¹, 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 %

¹ Folios 64 a 73 del expediente.

establecidos por la ley.

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.

Finalmente, propuso como excepción las denominadas: "*falta de legitimación en la causa por pasiva e innominada*".

4.2. NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FOMAG

De la revisión del expediente se observa que la entidad accionada referida no se pronunció dentro del término para contestar la demanda.

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. 527 del 10 de julio de 2018², 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 ibídem³, en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno y al no haber pruebas por practicar el Juzgado dispuso constituirse en audiencia de alegaciones y juzgamiento, en la cual se le otorgó traslado a las partes para que alegaran de conclusión y se indicó el sentido del fallo.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante

El apoderado judicial de la parte actora rindió sus alegatos de conclusión en audiencia celebrada el día 26 de noviembre de 2019, a través de los cuales expuso que la entidad accionada está vulnerando e interpretando de manera errada lo previsto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, toda vez que esta norma determinó que los docentes que se vincularon hasta el 26 de junio del 2003 se regirían por sus normas anteriores y los docentes que se vincularan de ahí en adelante ingresarán al régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, motivo por el cual considera que no resulta procedente que a la demandante se le efectúen descuentos por concepto de salud de su mesada pensional, con fundamento en el régimen general de pensiones (Ley 100 de 1993).

² Folio 41 del expediente.

³ Folios 117 a 121 del expediente.

Seguidamente, refirió que la demandante al ostentar la calidad de pensionada, no puede catalogarse como docente o como afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque dicha calidad sólo la ostentó hasta el momento en que se retiró del servicio activo, de manera que al hablar de tasa de cotización, el legislador se refirió a la cotización respecto del salario devengado y no de la pensión, entonces, advierte que existe ese error de conceptualización en este aspecto.

De otro lado, expuso que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está creando un nuevo régimen pensional, si se tiene en cuenta que a la demandante se le exigió 55 años de edad y 20 años de servicios para acceder a la pensión de jubilación, pero a la vez le quitaron de su régimen especial los elementos de aportes a la salud y el elemento de cómo se reajusta su pensión anualmente (IPC), aspectos que se están complementando con el régimen general de pensiones, situación jurídica que afecta el principio de inescindibilidad de la Ley.

En este sentido, hizo referencia a apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C- 369 de 2004, donde se concluyó que la cotización a salud no es una prestación autónoma que se pueda modificar caprichosamente en favor de un tercero, dado que esa cotización está intrínsecamente ligada a su régimen, por lo que para proceder legalmente a efectos descuentos por salud en un porcentaje del 12%, el legislador debe de modificar la Ley 812 de 2003, más aun si se tiene en cuenta que esta norma no modifica el régimen pensional de los docentes, sino que corresponde a la aprobación del plan de desarrollo 2003-2006.

Finalmente, en lo que corresponde a los incrementos pensionales solicitados, expuso que la aplicación del IPC como fórmula de incremento no refleja un beneficio para los docentes. Así mismo, refirió que si bien el incremento anual no es un derecho adquirido del pensionado, sí resulta ser un derecho adquirido el saber cuál es el porcentaje que se tiene que aplicar, es decir, cual es la fórmula de incremento, que en el caso de los docentes, no es otra a la prevista en la Ley 71 de 1988.

6.2. Parte demandada – municipio de Santiago de Cali

El apoderado judicial de la entidad territorial accionada ratificó los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda, insistiendo en la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

6.3. Parte demandada – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La entidad accionada presentó alegatos de conclusión, argumentando que la Ley 812 el 2003 modificó el porcentaje de cotización de la ley 91 de 1989, sin embargo dejó vigente el artículo 5º de la misma ley en donde se advierte la posibilidad de efectuar los descuentos por concepto de salud a las mesadas adicionales de junio y diciembre, postura que fue ratificada por la Corte Constitucional mediante la sentencia de C-369 del 2004, motivo por el cual considera que se deben negar las pretensiones de la demanda, toda vez que los descuentos a la mesada pensional de la actora se viene efectuando conforme a la normatividad legal vigente.

6.4. Ministerio Público

La representante del Ministerio Público solicita que se nieguen las pretensiones de

la demanda, en defensa del ordenamiento jurídico y del patrimonio público, como quiera que sobre el caso relacionado con la devolución de aportes en salud la Corte constitucional fijó una regla en la sentencia C-369 del 2004, en el sentido de señalar que si bien es cierto los docentes tienen un régimen especial en materia pensional, en lo relacionado a la prestación del servicio de salud debe regirse por las normas generales del sistema de seguridad social, toda vez que se trata de normas que ha establecido el legislador en aras de garantizar un criterio de universalidad y de solidaridad, con el fin de lograr el financiamiento del sistema.

Seguidamente, expuso que el Consejo de Estado también ratificó este criterio al señalar que si bien los docentes del orden territorial o nacionalizados durante el tiempo que prestan sus servicios no están obligados como tal a realizar un aporte en salud para el reconocimiento de la pensión, los mismos si están obligados a continuar con las cotizaciones salud, así mismo, se indicó que en desarrollo del principio de sostenibilidad del sistema general de seguridad social en salud resulta razonable que se imponga a sus afiliados la obligación de contribuir a su financiamiento a través de cotizaciones mensuales que permitan en primer lugar garantizar la eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios médicos asistenciales en todos los niveles de atención y en segundo lugar propender por la universalidad y solidaridad del sistema de la medida en que quienes cuentan con la capacidad económica suficiente contribuyan al financiamiento del mismo, haciendo posible que la población de escasos recursos económicos también pueda acceder plenamente a los servicios asistenciales.

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 la docente, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la 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.

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. (Folios 1 a 2 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 folios 74 y 91 del expediente.

Caducidad

En el presente asunto, como quiera que la pretensión del libelo genitor es la declaratoria de nulidad del el acto ficto, se aplica la regla señalada en el literal d) del numeral 1º del artículo 164 del CPACA en cuanto la demanda puede ser formulada en cualquier tiempo cuando “*se dirija contra actos productos del silencio administrativo*”.

Requisito de procedibilidad

Frente al agotamiento del requisito de la conciliación extrajudicial antes de presentar la demanda y que está previsto en el numeral 1º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, observa esta juzgadora que en el asunto de marras no es exigible este requisito previo para demandar dado que al estar involucrados en este tipo de controversias derechos laborales irrenunciables que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

En cuanto al agotamiento de la actuación administrativa previsto en el numeral 2º del artículo 161 ibídem, observa el Despacho que por constituir el acto administrativo demandado un “acto ficto o presunto de carácter negativo”, la misma disposición antes citada prevé 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 de la parte 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 1º 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.”

Seguidamente, se tiene que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno”.

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

“...El artículo citado consagra un trato diferencial, mas no discriminatorio, en materia de reajuste de pensiones, **pues quienes reciben pensión superior al salario mínimo legal mensual, tienen derecho a que se les reajuste ésta según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; mientras que para las personas cuya pensión sea igual al salario mínimo legal mensual, se les incrementa en la misma proporción en que se aumente dicho salario.** Sin embargo no se puede hablar de discriminación por que el reajuste pensional cobija a "todos" los pensionados sin importar la cuantía de su pensión”, y que dicho tratamiento tenía “una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”.

Respecto a este reajuste, el H. Consejo de Estado en providencia del 18 de junio de 2018, sostuvo⁴:

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

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

De lo antes expuesto se extrae que con la expedición de la ley 100 de 1993, fue sustituido el artículo 1º de la ley 71 de 1988, por ello, sólo puede acudirse 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.

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

⁶ Bien cuando se trate de pensiones nacionales o territoriales.

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.
(...)

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 registrará 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 oportunidad⁷; 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

⁷ 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.

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 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."

- **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 Estado⁸, 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

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

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 Estado⁹ 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:

"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 1º del acto legislativo 01 de 2005, que señala:

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

"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, resulta improcedente invocar el principio de igualdad, para aplicar la normativa del régimen general al régimen especial de los docentes, pues dichos 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 que 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 Secretaria 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. 5947 del 15 de diciembre de 2005, con fecha de **status jurídico de pensionada el 24 de julio de 2005**. (Folios 9 a 11).

2.- En la citada resolución se ordenó en el artículo 3º que se efectuó el descuento de los aportes de cada mesada pensional con destino a la prestación de los servicios médicos asistenciales.

3.- Según el desprendible de pago que obra a folio 12 del plenario, se logra determinar que la entidad accionada efectuar un descuento por concepto de salud del 12% del valor de la mesada pensional.

4.- La demandante mediante derecho de petición radicado el día 07 de marzo de 2017, ante el municipio de Santiago 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. (Folios 4 a 8).

iii. DEL CASO EN CONCRETO

- Reajuste pensional conforme al Salario Mínimo.

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

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

En efecto, de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado sólo puede acudir al régimen de la ley 71 de 1988 en aquellos casos en los que las pensiones hayan sido reconocidas en su ámbito de aplicación, hecho que no se ajusta a lo acreditado en el plenario pues el reconocimiento pensional de la actora se produjo a partir del 27 de julio de 2005 con la expedición de la resolución N° 5947 del 15 de diciembre de 2005.

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 parte actora.

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.

- Reintegro de los descuentos por la prestación del servicio de salud.

En segundo término, la parte accionante pretende que se ordene el reintegro de

los descuentos pensionales por concepto de salud que excedan del 5% de las mesadas ordinarias y de las mesadas adicionales de junio y diciembre de conformidad con el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

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

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

A juicio de la parte accionante en la sentencia de la Corte Constitucional C- 369 de 2004, se determinó que la cotización a salud no es una prestación autónoma que se pueda modificar.

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

Contrario a lo expuesto por la parte demandante en sus alegatos de conclusión, para el Despacho con la expedición del artículo 81 de la ley 812 de 2003¹⁰ se implementó una remisión normativa frente a la cotización en salud que deben efectuar los docentes afiliados al FOMAG, consistente en que valor total de la tasa corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Frente a la aplicación de este precepto legal la Corte Constitucional en la sentencia C-369 de 2004 precisó que los pensionados del FOMAG debían—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 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 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.

¹⁰ 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.

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

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

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.

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

En efecto, mediante sentencia de 14 de junio de 2018¹¹, la Sección Cuarta del Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

(...) **4.2.1** Descendiendo al asunto objeto de estudio, el demandante aduce que las

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02909-01(AC).

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

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

Así, la primera decisión negó la nulidad del mencionado Decreto, mientras que el proveído de 3 de febrero de 2005 declaró la nulidad del párrafo del numeral 3º del artículo 2º de dicho reglamento. Por último, el fallo de 13 de septiembre de 2007, declaró la nulidad de algunas expresiones¹² de los incisos tercero y cuarto del artículo 3 del mencionado acto administrativo de carácter general, así como del párrafo ibídem. En este sentido, dichas decisiones a pesar de estudiar la norma antes mencionada, no constituyen un precedente frente al caso bajo estudio en razón a que devienen de un control abstracto de legalidad y no establecen una regla jurisprudencial.

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

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

Ahora bien, en lo relacionado con el presunto desconocimiento del precedente horizontal, la Sala observa que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, de 8 de julio de 2010, citada como desatendida, no cumple con la carga mínima para que sea tomada en cuenta ya que el apoderado del actor no identificó el número de radicado del proceso, las partes que intervinieron en el mismo ni allegó copia del referido pronunciamiento, circunstancias que impiden constatar si ese precedente podría constituir una regla vinculante en el presente asunto.

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

Bajo los anteriores parámetros, se encuentra que, si bien, en pronunciamientos

¹² *“El excedente de la mesada pensional sobre el salario mínimo legal sólo es embargable en una quinta parte”; y del inciso cuarto “Si se trata de pensiones compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, procederá el embargo de lo que exceda el salario mínimo hasta en una quinta parte de lo pagado por la otra institución pagadora”.*

recientes¹³ el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ha concedido la pretensión bajo análisis, se tiene que en otras providencias proferidas por la misma Corporación¹⁴ se ha accedido al reintegro de los descuentos superiores al 5% tanto para las mesadas ordinarias como en las adicionales de junio y diciembre.

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

7. COSTAS

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

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia de 30 de mayo de 2019¹⁵ 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, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, 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.

¹³ Al respecto en sentencia de 31 de octubre de 2019 proferida dentro del radicado N° 76-147-33-33-001-2017-00259-01, M.P. Óscar Alonso Valero Nisimblat se accedió a la pretensión de devolución de los descuentos realizados frente a las mesadas adicionales de junio y diciembre.

¹⁴ Sobre el particular, en sentencia de 29 de agosto de 2019 expedida dentro del radicado N° 76-001-33-33-020-2017-00234-01 M.P. Omar Edgar Borja Soto se concedió la pretensión de reintegro de los valores que superaron el 5% de lo pagado por concepto de prestación del servicio de salud en las mesadas ordinarias y en las adicionales.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019): (...) En el numeral quinto de la parte resolutive del fallo controvertido, se condenó en costas a la parte demandada. Al respecto, la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. (...)

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

TERCERO: SIN CONDENA en costas.

CUARTO: 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



PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez

Lcms.