



17

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Ibagué, tres (03) de junio de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: No. 2014 - 00687
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ALVARO VARGAS FANDIÑO
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Teniendo en cuenta que dentro del presente asunto se dio aplicabilidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido que se prescindió de la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y los alegatos de conclusión fueron presentados de forma escrita, el suscrito Juez Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 *ibidem* procede a emitir sentencia dentro del proceso de la referencia, para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Se declare la Nulidad del Silencio Administrativo negativo, en relación con el Derecho de Petición radicado el 23 de febrero de 2011, ante la Secretaría de Educación de Tolima - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que mi mandante, solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las Mesadas Adicionales de Junio y diciembre.
2. Como consecuencia de la anterior NULIDAD, y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que le ordene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (en calidad de administradora de sus recursos) el reintegro de todos los descuentos del 12% REALIZADOS CON DESTINO A LA SALUD, SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE, desde la adquisición de su status jurídico de pensionado (a), esto es, el 09 de abril de 1994 hasta la fecha, y a SUSPENDER los descuentos en mención.
3. CONDENAR a la demandada al pago en forma INDEXADA, del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha de status jurídico, aplicando para tal fin la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E.
4. Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que como resultado se profiera en el presente proceso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, e igualmente reconozca los intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, tal como lo establece el artículo 192 *ibidem*.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAQUE

5. CONDENAR a la demandada a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011, realice el pago con el interés moratorio a la tasa comercial
6. Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del Art. 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones de la demanda señala el apoderado los siguientes aspectos:

1. Dice el abogado que la parte demandante labora como docente al servicio de la Secretaría de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por lo que mediante Resolución No. 969 del 09 de julio de 2004 se le reconoció pensión jubilación en cuantía de \$184.988 efectiva a partir del 09 de abril de 1994 y en razón a ello la Previsora S.A. asumió el descuento y pago de las deducciones en salud correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales incluidas las adiciones de junio y diciembre.

2. Afirma el profesional que mediante petición radicada el día 23 de febrero de 2011 solicitó ante la Secretaría de Educación del Tolima - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitar el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizado con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre si que la entidad accionada haya emitido respuesta a la petición.

2. CONTESTACION

2.1. Departamento del Tolima

Realizada la notificación, la entidad demandada Departamento del Tolima, dentro del término de traslado contestó la demanda, proponiendo las excepciones de imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido y cobro de lo no debido.

Manifiesta la apoderada de la entidad territorial que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el Departamento del Tolima solo es un administrador de los recursos del Sistema General de Participación en la Educación, pues el competente para responder por la pretensión reclamada es el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional

La apoderada de la entidad accionada durante el traslado de la demanda contesta la misma oponiéndose a las pretensiones y hechos de la demanda, afirmando que la Ley 91 de 1989 en el numeral 5 del artículo 8 establece que el Fondo deducirá el 5% de cada mesada pensional que pague el fondo incluidas las mesadas adicionales como aporte de los pensionados.

Manifiesta que dentro de las mesadas a que se refiere la anterior norma se encuentran las mesadas ordinarias y las de junio y diciembre, denominadas estas últimas como adicionales y por ende todas constituyen aportes de un pensionado en favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y hacen parte integral de sus recursos, por lo que los descuentos que se están realizando se han efectuado conforme a la ley y por tanto no hay lugar a devolución de valor alguno.



13

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

3. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.1. Parte demandante

Dentro de la oportunidad legal para presentar alegatos de conclusión el apoderado de la parte actora guardó silencio.

3.2. Parte demandada

3.2.1. Departamento del Tolima

Manifiesta que se deben de denegar las pretensiones de la demanda en atención a lo múltiples pronunciamientos del H. Tribunal Administrativo del Tolima donde ha decidido negar la prestación reclamada en el entendido que los docentes gozan de un régimen especial que no consagra la prestación reclamada, pues ésta se encuentra estatuida para empleados públicos que se rijan por el régimen general.

3.2.2. Nación – Ministerio de Educación Nacional

La apoderada de la entidad presenta escrito de alegatos de conclusión donde se observa que reafirma lo manifestado en el escrito de contestación.

3.3. Ministerio Público

Durante la oportunidad procesal pertinente el delegado del Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. TESIS DE LAS PARTES

1.1. Tesis del Demandante

Afirma que la entidad demandada no debe de descontar los aportes de salud respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre en atención a que tales descuentos solo son procedentes en las doce mesadas normales del año.

1.2. Tesis del Demandado

Expresa que con fundamento en la Ley 91 de 1989 la entidad fiduciaria está en todo su derecho de deducir de cada una de las mesadas pensionales los aportes correspondientes a salud.

2. PROBLEMA JURIDICO

¿"sí, la parte demandante tiene derecho a que se le reintegre los dineros descontados como aportes para salud de las mesadas pensionales de junio y diciembre desde el 09 de abril de 1994"?

3. TESIS DEL DESPACHO

La parte demandante no tiene derecho a la devolución de las sumas que en exceso del 5% le fueron descontados por concepto de aportes en salud.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

4. DE LAS PRUEBAS APORTADAS

Se encuentra demostrado en el proceso con los medios de prueba documentales legalmente incorporados al mismo previa solicitud y decreto los siguientes hechos de la demanda:

- Que el Ministerio de Educación Nacional mediante Resolución No. 969 del 09 de julio de 2004 ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor del señor ALVARO VARGAS FANDINO, donde se indicó que a la liquidación se le debe descontar los aportes de ley conforme lo establece la Ley 91 de 1989 y Ley 812 de 2003, folios 3-6.
- El señor ALVARO VARGAS FANDINO solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la devolución del 12% por concepto de aportes a salud, folios 7-8.
- La fiduciaria La Previsora S.A. emite respuesta negativa a la anterior petición, folio 9.

5. FUNDAMENTOS LEGALES

Ley 4ª de 1966, Decreto 3135 de 1968, Constitución Política, acto legislativo 01 de 2005, Ley 91 de 1989, Ley 100 de 1993, Decreto 692 de 1994, ley 812 de 2003.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece:

ARTICULO. 157.-Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud. Los lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A) Afiliados al sistema de seguridad social

Existen dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social en salud:

1. Los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente ley.

2. Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE CONDICIONADO por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-458 de 2015, en el entendido de que deberán reemplazarse por la expresión "persona en situación de discapacidad".

B) Personas vinculadas al sistema



119

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

Inciso derogado por el art. 113 Ley 715 de 2001. A partir del año 2000, todo colombiano deberá estar vinculado al sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el plan obligatorio de salud de que habla el artículo 162.

PARAGRAFO. 1º-El Gobierno Nacional establecerá un régimen de estímulos, términos, controles y sanciones para garantizar la universalidad de la afiliación.

PARAGRAFO. 2º-La afiliación podrá ser individual o colectiva a través de las empresas, las agremiaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto se expida. El carácter colectivo de la afiliación será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre entidades promotoras de salud. Ver Decreto Nacional 516 de 2004.

PARAGRAFO. 3º-Podrán establecerse alianzas o asociaciones de usuarios, las cuales serán promovidas y reglamentadas por el Gobierno Nacional con el fin de fortalecer la capacidad negociadora, la protección de los derechos y la participación comunitaria de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud. Estas agrupaciones de usuarios podrán tener como referencia empresas, sociedades mutuales, ramas de actividad social y económica, sindicatos, ordenamientos territoriales u otros tipos de asociación, y podrán cobrar una cuota de afiliación.

PARAGRAFO. 4º-El consejo nacional de seguridad social definirá y reglamentará los grupos de afiliación prioritaria al subsidio.

En virtud de la norma anterior, tenemos que todos los colombianos participamos en el Sistema de Seguridad Social en Salud, como afiliados, ya sea, en el régimen contributivo o en el subsidiado, y dentro del primero de éstos encontramos a los pensionados y jubilados, quienes deben colaborar con el sistema a través de una cotización.

Ahora bien, el artículo 202 de la Ley 100 de 1993, define el régimen contributivo, como aquel "Conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y el empleador a la Nación, según sea el caso."

Por su parte, el artículo 204 ibídem, señala:

"Inciso 1o, modificado por el artículo 40 de la Ley 1122 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: > La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8,5% y a cargo del empleado del 4%. Un punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)."



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

<Inciso 20. INEXEQUIBLE>

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

PARÁGRAFO 10. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta Ley.

PARÁGRAFO 20. Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.

PARÁGRAFO 30. Cuando se devenguen mensualmente más de 20 salarios mínimos legales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Nótese que la anterior disposición, señala que la cotización mensual de los pensionados en el régimen contributivo será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, aporte que en su totalidad está a cargo del pensionado.

Vale la pena traer a colación, lo que al respecto señaló la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-126 del 16 de febrero de 2000, por la cual se declaró exequible el inciso 2º del artículo 143 de la ley 100 de 1993.

"Es pues claramente constitucional que la ley obligue a los pensionados a cotizar a fin de que reciban los correspondientes servicios de salud. El único interrogante que subsiste es entonces el relativo al monto de esa cotización, pues el actor considera que viola la igualdad y la especial protección a las pensiones, que el jubilado deba cancelar la integridad de ese porcentaje (12%), mientras que el trabajador activo únicamente contribuye con el 4%, puesto que el otro 8% es asumido por el patrón. Según su criterio, esa regulación implica una disminución considerable del ingreso efectivo de los pensionados. Por el contrario, la vista fiscal y los intervinientes justifican esa regulación, por cuanto la situación del trabajador activo es distinta a la de los pensionados, pues el primero cuenta con un patrimonio que debe correr con una parte de la cotización. Por ende, una vez desaparecida esa contribución patronal, es natural que el pensionado asuma la totalidad de la cotización para la salud, pues la

Artículo 143 Indígena. "Mientras pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1º de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, independientemente de la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el Sistema General de Salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de estos, quienes podrán cancelar complementariamente durante su vida profesional el menor número de contribuciones y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de contribuciones y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.



120

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

seguridad social no es gratuita sino que se financia con los aportes de los beneficiados.

La Corte considera que la distinción planteada por la visita fiscal y por los intervinientes entre los pensionados y los trabajadores activos es relevante, pues es indudable que se encuentran en una situación jurídica distinta. Por consiguiente, el régimen de seguridad social no tiene que ser idéntico para jubilados y empleados, ni el Legislador está obligado a imponer exactamente las mismas cargas y obligaciones a unos y otros. En esa medida, en principio parece razonable el argumento del Ministerio Público y de los intervinientes, según el cual si el patrono asume, por mandato legal, dos tercios de la cotización en salud, mientras que el empleado sólo contribuye con un tercio, entonces una vez pensionado el trabajador, puede la Ley ordenarle que entre a cancelar la totalidad de la cotización, por cuanto la obligación patronal cesa.

En esas condiciones, si la solidaridad constituye uno de los principios básicos de la seguridad social, pero el Legislador goza de una considerable libertad para optar por distintos desarrollos de este sistema, una consecuencia se sigue: la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma como los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad en este campo. Por consiguiente, en tal contexto, bien puede la ley establecer que el pensionado debe cancelar en su integridad la cotización en salud. En efecto, en la medida en que la persona se pensiona, cesa la relación laboral y el patrono deja de sufragar las dos terceras partes de la cotización del trabajador. Es obvio que para asegurar la viabilidad financiera del sistema de salud, algún agente debe abonar esa suma, que era anteriormente cubierta por el empleador. Por ende, el Congreso decidió que ésta fuera asumida directamente por el pensionado, lo cual es un desarrollo legal posible. Es cierto que había otras alternativas, como recurrir a recursos presupuestales para financiar la seguridad social, o aumentar la cotización de los trabajadores activos. La ley hubiera podido eventualmente optar por esas regulaciones. Pero nada en la Carta se opone a que el Congreso establezca que es deber del pensionado cancelar ese monto de cotización, que no es desproporcionado, ya que es una contribución solidaria que evita mayores impuestos, o aumentos en el nivel de cotización de los trabajadores activos.

Frente a lo anterior, debemos entonces concluir, que el incremento de la cotización previsto en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 aplica a todos los afiliados al Régimen contributivo en salud, encontrando dentro de este grupo a los pensionados, quienes por virtud de las disposiciones transcritas en precedencia, deben de asumir en su totalidad el aporte en salud, el cual corresponde al 12.5% de su mesada. No obstante lo anterior, debe anotarse que la Ley 1250 de 2008, en su artículo 1º, dispuso:

Artículo 1º. - Adiciónese el siguiente inciso al artículo 224 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así:

"Artículo 224. Monto y distribución de las cotizaciones
(...)

"Aparte tachado INEXEQUIBLE> La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional", la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008"

Bajo el anterior entendido, resulta claro que la cotización mensual de los pensionados al Sistema General de Salud se encuentra a cargo de éstos, y el monto fue fijado en el 12% de su mesada pensional.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Descendiendo al caso objeto de estudio, tenemos que el señor ALVARO VARGAS FANDINO es beneficiario de pensión de jubilación, la cual fue reconocida mediante resolución No. 969 del 09 de julio de 2004, razón por la cual, debe contribuir al Sistema General de Salud, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto la demandante pertenece a un régimen especial, no es menos cierto que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 reglamentado por el Decreto 2341 de 2003, dispuso que el valor 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.

Finalmente, de conformidad con el artículo 188 del CPACA se condenará en costas a la parte demandante y a favor de la parte demandada, para tal efecto fíjese como agencias en derecho el 5% del valor de las prestaciones, lo anterior, atendiendo las pautas previstas por la Sala Administrativa del Honorable Consejo Superior de la Judicatura en el acuerdo 1887 de 2003. Por secretaría liquidense.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, y a favor de la parte demandada, para tal efecto fíjese, como agencias en derecho el 5% del valor de las prestaciones. Por secretaría liquidense.

TERCERO: En firme esta providencia, archívese el expediente previa las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere a la parte actora, sus apoderados o a quienes estén debidamente autorizados.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Cesar Augusto Delgado Ramos
JUEZ
CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS