

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

### SENTENCIA No. 152

Santiago de Cali, septiembre (29) de dos mil dieciséis (2016)

<b>Medio de Control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicación</b>	76001333300520140017100
<b>Demandante</b>	MARÍA DEL SOCORRO BECERRA GAEZ
<b>Demandado</b>	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y GOBERNACIÓN DE VALLE DEL CAUCA
<b>Tema</b>	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN 12 % DESCUENTO MESADAS DE JUNIO Y DICIEMBRE
<b>Asunto</b>	FALLO DE PRIMERA INSTANCIA
<b>Juez</b>	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, instaurado a través de apoderado judicial por parte de la señora MARÍA DEL SOCORRO BECERRA GÁEZ, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la Gobernación de VALLE DEL CAUCA.

## 1. ANTECEDENTES

### 1.1. LA ACCIÓN

La demandante solicita configurar el silencio administrativo negativo y la nulidad del acto administrativo presunto o ficto, respecto de petición planteada con fecha septiembre 7 de 2011, mediante la cual solicita la devolución de dineros por aportes a salud (E. P. S.), pagados durante los meses de junio y diciembre de cada año, que son descontados de las mesadas adicionales que recibe la demandante con la mesada ordinaria de la pensión de jubilación, durante los citados meses.

A título de restablecimiento del derecho, solicita devolver los dineros que bajo el rótulo de E. P. S. le han descontado en tales mesadas adicionales de junio y

diciembre durante los años 2003, 2004 y 2005 al 12 % y al 12,5 % durante los años 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013 y los que sean descontados hasta el momento de la sentencia, en forma indexada y con liquidación de intereses de acuerdo a los artículos 187, 189 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Así mismo solicita, no hacer ningún tipo de descuento por Seguridad Social en Salud sobre las mesadas pensionales de junio y diciembre que recibe el accionante con la pensión ordinaria de jubilación y condenar en costas a la entidad demandada.

En subsidio de lo anterior, solicita considerar como pretensión, declarar la nulidad del oficio No. 2011ER161517, proferido por FIDUPREVISORA S. A., mediante el cual dicha entidad negó la devolución de los dineros descontados de las mesadas adicionales que percibe el demandante, de conformidad con escrito radicado ante la Gobernación de VALLE DEL CAUCA con fecha septiembre 7 de 2011.

## **1.2. HECHOS**

La situación fáctica que presenta la demanda, se sintetiza de la siguiente manera:

1.2.1. EI FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por medio de la Resolución No. 559 de marzo 1 de 2005, le reconoció a la demandante la pensión de jubilación, junto con dos (2) mesadas adicionales que le son canceladas durante los meses de junio y diciembre anualmente.

1.2.2. EI FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, interpretando equivocadamente el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2003, ordenó descontar el valor correspondiente al 12 % de la mesada adicional que se paga a la demandante, durante los meses de junio y diciembre de cada año, sin solicitar autorización de la pensionada, ni expedir acto administrativo alguno, por lo cual se considera arbitraria la realización del descuento.

1.2.3. La demandante solicitó reintegrar los descuentos que le han realizado desde septiembre 11 de 2011, sin que a la fecha el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, le haya dado respuesta a su solicitud; aunque la FIDUPREVISORA, a través de oficio No. 2011 ER 161517, en

respuesta a comunicación radicada en la misma fecha pero ante la Gobernación de VALLE DEL CAUCA, negó la solicitud, no obstante que no tienen facultad para decidir acerca de los derechos reclamados, en contravención a los artículos 8, 9, 12 y 13 de la Ley 1437 de 2011.

### **1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Se invocaron como disposiciones violadas, los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; Ley 24 de 1947 artículo 1 que adiciona el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945 de la cual también se indica como transgredido el artículo 17; Ley 4 de 1966 artículo 4º; Decreto 2285 de 1955 artículos 1º y 3º; Ley 43 de 1975; Decreto 1743 de 1966 reglamentario de la Ley 4ª de 1966, artículo 5; Ley 33 de 1985 artículo 1 inciso 2º; Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2 Literal A; Ley 700 de 2001, artículo 4; Decreto 1073 de 2002, que señala cómo deben tramitarse descuentos; y Ley 797 de 2003 artículo 9 Parágrafo 1.

Reiterando que los descuentos realizados son considerados arbitrarios según la demanda, por afectar los fines del Estado, los valores constitucionales tales como la convivencia, el trabajo, el orden económico y social justo, con lo cual se afecta los derechos a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital.

Igualmente refiere transgredidos los artículos 7 de la Ley 42 de 1982, que señala que la mensualidad adicional de que trata el artículo 5 de la Ley 4ª de 1976 no será objeto de descuento ni para las organizaciones gremiales, ni para el pago de pensiones; 5 de la Ley 43 de 1984 que no permite descontar el 5 % de que trata el ordinal 3 del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969 ni descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional; 50, 142, 143 y 204 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1158 de 1994; y Decreto 1073 de 2002; Ley 33 de 1985; Ley 91 de 1989; Ley 700 de 201 (sic); Ley 797 de 2003.

Respecto de las demás normas que transcribe textual y parcialmente, señala la demanda que teniendo en cuenta el principio de favorabilidad que le asiste a la accionante, no debe aplicar la exigencia de pagos realizados frente al carácter especial y excepcional de la normatividad sobre pensiones, acorde con precedente jurisprudencial que igualmente transcribe en forma parcial.

La demanda no fue objeto de respuesta oportuna<sup>1</sup>.

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Por medio de audiencia de fecha junio 30 de 2015, con fundamento en los artículos 181 y 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ordena correr traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto de fondo<sup>2</sup>.

La parte demandante señala que de conformidad con jurisprudencia de Juzgado Administrativo y del Consejo de Estado que invoca, se ratificaron los argumentos expuestos en el escrito de demanda<sup>3</sup>.

Ni la parte demandada, ni el Ministerio Público se pronunciaron en esta etapa procesal.

## **7. CONSIDERACIONES**

Verificado el cumplimiento de los términos procesales, es del caso, proferir la decisión que en derecho merezca la litis, al observarse además que no se encuentran configuradas causales de nulidad que puedan viciar lo actuado.

### **7.1. EL PROBLEMA JURIDICO**

Corresponde en esta oportunidad al Juzgado determinar si procede o no el descuento del 12% para el pago de aporte al sistema de seguridad en salud, de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Para resolver el problema jurídico planteado, el Juzgado procede a hacer el estudio de la normatividad que ha regulado lo pertinente a la Seguridad Social, en especial, lo relacionado con los descuentos para la salud.

La Ley 4a de 23 de abril de 1966, *"por medio de 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 que se debe descontar de las mesadas de

---

<sup>1</sup> Folio 97 Cuaderno No. 1

<sup>2</sup> Folios 113 frente y vuelto Cuaderno No. 1

<sup>3</sup> Folios 116 al 121 Cuaderno No. 1

los pensionados a favor de la entidad de previsión a la que se encuentren afiliados, así:

*"Artículo 2°. 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". (Se subrayó).*

Como se observa de la disposición anterior, los pensionados deben cotizar el 5% de su mesada para seguridad social.

Lo anterior es reiterado por 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", en cuyo artículo 37, se dispone:

*"Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.*

*"Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".*

De igual forma, el Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamentó el Decreto 3135 de 1968, reitera en el artículo 90, 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 (...)"*

Posteriormente, con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994, el monto de cotización al sistema de salud se incrementó, quedando para el año 1995 un porcentaje del 11% y para el año 1996 un 12% de la suma recibida como mesada pensional, estableciendo con ello una mayor carga económica en cabeza del administrado, así:

*"COTIZACION EN SALUD*

*"ARTICULO 30. MONTO DE LA COTIZACION. De conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Decreto Ley 1298 de 1994, la cotización para salud que regirá para la cobertura familiar será, para 1995, de 11% de la base de cotización, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Esta cotización se elevará al 12% a partir del primero de Enero de 1996.*

*“De esta cotización se descontará un punto porcentual para contribuir a la financiación del régimen subsidiado que para todos los efectos se denominará contribución de solidaridad.*

*“La distribución de la cotización, incluida la contribución de solidaridad, será de 2/3 partes a cargo del empleador y 1/3 parte a cargo del trabajador. Los trabajadores independientes, los rentistas y demás personas naturales sin vínculo contractual, legal o reglamentario con algún empleador, tendrán a su cargo la totalidad de la cotización.*

*“Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público que por disposición legal administren sistemas de salud obligatorios, se ajustarán al sistema de cotización definido en el presente artículo, según el régimen de transición establecido en el artículo 68 del Decreto 1298 de 1994 y las disposiciones que lo reglamenten.”*

De conformidad con las anteriores disposiciones, no cabe duda de que el pensionado debe hacer aportes con destino a la seguridad social en salud, así lo ha venido regulando la Ley.

Ahora bien en lo relacionado con las normas que se refieren a las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que mediante el Decreto 1073 de 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, se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran 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.”*

Este artículo fue declarado nulo parcialmente por el Honorable Consejo de Estado, en la Sentencia de fecha febrero 3 de 2005 y se dispone solo respecto a la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993; es decir, se abrió la posibilidad de efectuar tales descuentos sobre la mesada de junio, a todos los docentes pensionados, así:

*“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 Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social y se dictan otras disposiciones, en el artículo 50, dispone:

*"ARTICULO 50. Mesada adicional. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión."*

Por su parte, la Ley 4a de 1976 prescribió 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, es decir el aporte en salud; prohibición que también se encuentra desarrollada en el Concepto de diciembre 16 de 1997, Radicado 1064 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, con ponencia del doctor AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, mediante el cual se absolvió la siguiente consulta planteada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social:

*"¿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?"*

Sobre cuyo particular se dijo:

*"(...) En este orden de ideas, 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 (...)"*

El anterior recuento normativo y jurisprudencial permitiría concluir que a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se les debe descontar de las mesadas adicionales de junio y diciembre el 12% con destino al pago de la cotización para salud. Sin embargo, si se analiza con detenimiento la situación de dichos docentes, hay que llegar a una conclusión

distinta, dado que ellos pertenecen a un régimen especial exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993.

En efecto, dado que la actora ostenta la calidad de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, encuentra el Juzgado que de acuerdo con lo contemplado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de su lectura se extrae que las personas que se encuentren afiliadas a este fondo, están excluidos de la aplicación del régimen general de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido, se crea un régimen especial, cuyas disposiciones se encuentran ratificadas por el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, que señala:

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

En los términos de la disposición anterior, se observa que la norma que se encontraba vigente antes de 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 la cual 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.*

*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, 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”*

De acuerdo con las disposiciones anteriores, se considera que no es posible aplicar una norma que en ningún momento prohíbe el descuento de las mesadas adicionales de junio y diciembre a los docentes. Aunado a lo anterior, es clara la norma al establecer que solamente las personas vinculadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encuentran amparadas por el régimen de prima media, situación que no se configura en el presente caso.

El artículo 81 de la referida ley, posteriormente fue reglamentado parcialmente por el Decreto 2341 de 2003, el cual en su 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, disposición que no puede ser interpretada como una inclusión del docente pensionado al régimen general de pensiones.

En cuanto a la aplicación del Decreto 1073 de 2002, mediante el cual se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, tenemos que el mismo decreto reglamentó las Leyes 71 y 79 de 1988, y algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, es una situación que no afecta bajo ningún entendido, las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989, que regula el régimen especial de las personas pensionadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De lo anteriormente expuesto, se tiene que dado el régimen especial que ostentan los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que el descuento se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, el mismo es aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado con destino a la salud; por tanto, no le asiste razón alguna a la demandante, pretender la devolución de los descuentos efectuado bajo la aplicación de un régimen de prima media que no le es aplicable. En consecuencia, no hay lugar a ordenar el

reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

De igual manera la Corte Constitucional en la sentencia C -369 de 2004, estudió la constitucionalidad del inciso 4° del artículo 81 de la ley 821 de 2003 y consideró que tal disposición de manera alguna vulneraba el derecho a la igualdad, al respecto manifestó:

*"(...) 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".*

*"Es 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 (...)"*

Fue clara la Corte en el citado pronunciamiento, en torno a que el régimen general y el especial no han de mezclarse al arbitrio del particular, sino que debe respetarse y cumplirse integralmente; al respecto expresó:

*"(...) 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 tedia, 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 (...)*".

Empero, no podría alegarse un asunto de igualdad, para aplicar un concepto y una normatividad del régimen general al régimen especial de los docentes, pues como se anotó y de conformidad con el fallo de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad de inciso cuarto del artículo 81 de la ley 821 de 2003, los regímenes no son escindibles al arbitrio de los particulares, y menos cuanto estos son beneficiarios de un régimen especial, establecido en reivindicación de unas especiales condiciones de esos trabajadores, como son los docentes.

De conformidad con lo anotado, no existe razón para ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud, como quiera, que los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por pertenecer a un régimen especial se rigen por normas especiales y no pueden ser beneficiarios del régimen general, de cuya cobertura están excluidos expresamente. Por tanto, como la ley 91 de 1989, norma aplicable en el sub examine, permite que el descuento para salud sea efectuado a cada una de las mesadas que recibe el pensionado, no puede pretender la actora que se le reintegren unos aportes que fueron debidamente descontados, de conformidad con las normas que regulan su régimen especial.

De lo anteriormente expuesto, se tiene que dado el régimen especial que ostentan los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que el descuento se encuentra previsto en la ley 91 de 1989, el mismo es aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado con destino a la salud; por tanto, no le asiste razón alguna al actor pretender la devolución de los descuentos efectuados bajo la aplicación de un régimen de prima media que no le es aplicable. En consecuencia, no hay lugar a ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Desde otro ángulo de análisis, encuentra el Juzgado que la pretensión de la actora relativa a la devolución de los descuentos realizados a las mesadas adicionales, carece de sustento, dado que aun cuando existe una diferencia de trato respecto del resto del universo de los pensionados a quienes no se les hace ese descuento, el mismo está fundado en una justificación objetiva y razonable, toda vez que persigue un fin constitucionalmente válido, cual es el de imprimirle solidez y

solvencia financiera al régimen especial pensional de los docentes, lo que está en consonancia con los dictados del artículo 48 superior, según el cual:

*"(...) El Estado garantizará (...) la sostenibilidad financiera del sistema pensional (...)"*.

En tal sentido, tampoco resulta procedente acceder a las pretensiones planteadas de manera subsidiaria, en cuanto apuntan en su contenido igualmente a promover la nulidad de tales actos con la finalidad de restablecer como derecho la misma devolución planteada en las pretensiones inicialmente analizadas.

En razón de lo anterior, el Juzgado negará las pretensiones de la demanda, igualmente en cuanto reclama la devolución de dinero por valor equivalente a los descuentos del 12%, efectuados a la pensión de jubilación de la accionante.

## 7.2. DECISIÓN SOBER COSTAS PROCESALES

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre ***dispondrá*** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.<sup>4</sup>, entre otras cosas, establece que:

*"(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)"*.

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación<sup>5</sup>:

*"(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)"** (Se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena;

<sup>4</sup> Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

**“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”*

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones tanto principales como subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de proveído.

**TERCERO: LIQUIDAR** los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**(Original firmado)**

**CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ**

**Juez**