

REPÚBLICA DE COLOMBIA**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI****SENTENCIA No. 149**

Santiago de Cali, septiembre veintiocho (28) de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación	76-001-33 33-005-2014-00157-00
Demandante	María Teresa Ramírez Nieva
Demandado	Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Juez	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, instaurado a través de apoderado judicial, por la señora MARÍA TERESA RAMÍEZ NIEVA en contra de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Que se declare configurado el silencio administrativo negativo en relación a la petición presentada el 6 de septiembre de 2011, mediante la cual se le solicitó a la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, quien actúa en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la devolución de los dineros que bajo el rótulo de E.P.S., le han descontado de las mesadas adicionales que recibe la demandante con la mesada ordinaria de la pensión de jubilación, que es pagada en junio y diciembre.
- 1.2. Que se declare nulo el acto administrativo ficto o presunto, por medio del cual se negó la devolución de los dineros que para efectos de aportes para E.P.S., le han descontado a la demandante de las mesadas adicionales que recibe con la mesada ordinaria de la pensión de jubilación en los meses de junio y diciembre.

- 1.3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se emitan las siguientes condenas:
- 1.4. Se ordene a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, devolver los dineros que bajo el rótulo de E.P.S. le han descontado a la demandante en las mesadas adicionales de junio y diciembre, equivalentes al 12% para los años 2003, 2004 y 2005 y al 12.5% para los años 2007 a 2013 y los que sean descontados hasta el momento en que se profiera la sentencia.
- 1.5. Se ordene al demandado no continuar realizando este tipo de descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre.
- 1.6. Se condene al demandado a devolver los dineros que por este concepto le descontó a la demandante. Que el retroactivo que se obtenga, se pague de manera indexada, junto con los ajuste de valor y los intereses moratorios de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 187, 189 y 195 de la Ley 1437 de 2011.
- 1.7. El ajuste de valor se realice conforme a la fórmula sentada por el Consejo de Estado.
- 1.8. Se condene en costas a la entidad demandada tal y como lo dispone el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.
- 1.9. Subsidiariamente solicita que el evento que se considere que mediante el oficio No. 2011ER161517 proferido por la Fiduprevisora, la entidad demandada ha manifestado su posición respecto al derecho reclamado y, consecuentemente, resuelve de fondo la petición radicada el 6 de septiembre de 2011; se declare la nulidad de dicho oficio y, por consiguiente, a título de restablecimiento del derecho, se impartan las órdenes y condenas en la misma forma que se solicitó en las pretensiones principales.

2. HECHOS

- 2.1. Mediante Resolución No. 022 de enero 10 de 1995 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FNPSM), reconoció a la señora MARÍA TERESA RAMÍREZ NIEVA pensión de jubilación, que ha venido recibiendo junto con mesadas adicionales de junio y diciembre.
- 2.2. El FNPSM realizando una mala interpretación de lo estipulado en el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989 y de la Ley 812 de 2003, ordenó a la Fiduprevisora S.A. descontar el 12% de las mesadas adicionales, con la supuesta intención de satisfacer los aportes a salud que deben realizar los pensionados.
- 2.3. El anterior descuento lo realizó sin autorización de la demandante, ni lo dispuso a través de acto administrativo.
- 2.4. El 6 de septiembre de 2011 la demandante solicitó al FNPSM, el reintegro de los descuentos aplicados a las mesadas adicionales de junio y diciembre por concepto de aportes para salud, que se vienen realizando desde hace más de 7 años, petición que hasta el momento de presentación de la demanda no había sido contestada formalmente.
- 2.5. Mediante oficio No. 2011ER161517 la FIDUPREVISORA S.A. le manifestó a la demandante que ellos solo son operadores del FNPS del Magisterio, que no deciden sobre las prestaciones de los docentes, que sólo es un ente pagador y que no tienen facultad de expedir actos administrativos.
- 2.6. Transcurrieron más de tres (3) meses sin que el mencionado Fondo resolviera de fondo la petición en comento; por lo tanto, se configuró el silencio administrativo negativo frente a esta petición y surgió un acto administrativo ficto.
- 2.7. Contra el precitado acto no se interpuso ningún recurso, teniendo en cuenta que *“el silencio administrativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa”*.
- 2.8. Refiere que el FNPSM ha creado un lucro cesante que perjudica a la demandante, pues al aplicarle tal deducción, le ocasiona reducción a

sus ingresos que por concepto de mesada adicional ha venido devengando.

2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Cita como normas violadas:

- Constitución Política: Preámbulo, artículos 1, 2, 6, 12, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209.

- Leyes: 1437 de 2011, artículo 137; 24 de 1947, artículo 1º, que adiciona el Art. 29 de la Ley 6ª de 1946; 4ª de 1966, artículo 4º; 43 de 1975; 6ª de 1945, artículo 17; 33 de 1985, artículo 1º, inciso 2º; 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal A; 700 de 2001, artículo 4º; y 797 de 2003, artículo 9, párrafo 1º.

- Decretos: 2285 de 1965, artículo 1º y 3º; 223 de 1977, reglamentario de la Ley 43 de 1975; y 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4ª de 1966.

El apoderado de la demandante asegura que teniendo en cuenta las normas anteriormente relacionadas, el acto presunto negativo demandado ha incurrido en las causales de nulidad contempladas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, igualmente desconoce la normatividad que regula el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación de los docentes; vulneración que se evidencia con los descuentos injustificados se aplicaron a las mesadas adicionales de junio y diciembre, por concepto de E.P.S.

Considera que la entidad accionada con la anterior conducta viola principios constitucionales y derechos fundamentales tales como la igualdad, la seguridad social, el mínimo vital.

Afirma que las mesadas adicionales siempre han estado exentas de cualquier descuento, tal como lo estipula el artículo 7 de la Ley 42 de 1982. Por su parte, el artículo 5º de la Ley 43 de 1984, establece que a los pensionados a que se refiere la misma no puede descontársele de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3º de artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, ni ningún otro descuento.

El descuento que se hace de las mesadas pensionales ordinarias de los docentes, se fundamenta en la Ley 100 de 1993, artículos 143 y 204, en sus decretos reglamentarios y en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Hace referencia al Decreto 1073 de 2002, que regula aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales.

Indica que de acuerdo con el artículo 53 de la Carta Política, en ningún caso se puede desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los docentes.

Menciona que el párrafo del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, autorizó al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989; pero nunca para modificar el sistema de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes.

Pide se tenga en cuenta, al momento de decidir, los precedentes que han resuelto casos similares al que nos ocupa, especialmente el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 16 de diciembre de 1997, bajo el radicado 1067, C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Educación Nacional en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas planteadas en la demanda, toda vez que el silencio administrativo negativo frente al requerimiento de la demandante, se encuentra respaldado en el Decreto 2341 de 2003, reglamentario del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, donde se establece que el valor total de la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponderá a la suma de aporte para salud y pensiones establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, el cual es del 12%, porcentaje que luego se incrementó al 12.5%.

Refiere que dado el régimen especial que ostentan los docentes pensionados por el FNPSM, 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 lo tanto, no le asiste razón a la demandante al pretender la

devolución de los descuentos efectuados bajo la aplicación de un régimen de prima media que no le es aplicable.

Indica que el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, establece que el Fondo deducirá:

“(...) El 5% de cada mesada pensional que pague el fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aportes de los pensionados (...)”

Explica que dentro de las mesadas a que se refiere la prementada norma, se encuentran las mesadas ordinarias y las adicionales de junio y diciembre y, por ende, todas constituyen aportes del pensionado en favor del FNPSM.

Arguye que la Ley 812 de 2003 y la Ley 1122 de 2007, modificaron el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que tales disposiciones son de obligatorio cumplimiento para los entes comprometidos en el reconocimiento y pago de las prestaciones de los afiliados a dicho Fondo.

Precisa que el inciso 4º del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-369 de 2004.

Dice que la Corte Constitucional ha señalado 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 este globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica.

Menciona que a diferencia del Sistema General de Seguridad Social, los servicios médicos de los docentes sometidos a Ley 91 de 1989, son prestados por entidades médicas contratadas para el efecto y canceladas con recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no puede pretenderse, buscar aplicación de normas de carácter general que le son más favorables.

Transcribe un aparte de una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección A, en la que se negaron las pretensiones de una demanda similar a la que nos ocupa; sin embargo, no identifica la providencia.

Propuso las excepciones de: Falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley, causación de la seguridad social y prescripción.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante:

Cita apartes de recientes sentencias proferidas por los Juzgados 16 y 14 Administrativos Orales del Circuito de Cali, en relación con el tema tratado en esta providencia.

Destaca que la Ley 812 de 2003, ordenó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio regirse por lo estipulado en la Ley 100 de 1993, en lo referente al monto de los descuentos y a la administración de dichos recursos; pero la entidad solo está aplicando algunos apartes de dicha norma, omitiendo el deber legal y constitucional de acatar la norma en su integridad, pues la entidad demandada al momento de fijar el monto a descontarle a los pensionados, incorporó el porcentaje contemplado en los artículos 50, 142, 204 y 279 de la Ley 100 de 1993, el cual equivale al 12%, sin tener en cuenta la prohibición que contemplan los mismos artículos respecto a que no se deben efectuar descuentos de la mesada adicional.

Agrega que el espíritu de la norma no es tan solo fijar un porcentaje, cuando en realidad esta establece cambios drásticos al sistema pensional de los docentes oficiales, direccionándolos hacia un régimen de transición, en donde posteriormente todos los educadores pertenezcan al Sistema General de Pensiones, sistema dentro del cual existe la prohibición expresa de efectuar descuentos de salud en la mesada adicional.

Refiere que la mayoría de los docentes pensionados, también disfrutan de la pensión gracia, de la cual también se descuenta el 12%, ya que a pesar de ser

una prestación de carácter especial, se ordenó que a esta se le aplicaran los descuentos dispuestos por la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, la entidad administradora y pagadora de la pensión gracia, no efectúa ningún descuento sobre la mesada adicional, dado que esta es una prohibición de la aludida Ley. Por último, reitera las declaraciones y condenas señaladas en la demanda.

4.2. Parte demandada:

No presentó alegatos.

4.3. Ministerio Público:

No emitió concepto.

5. CONSIDERACIONES

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe a determinar si la entidad demandada está facultada legalmente para descontar aportes por concepto de salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre, de la pensión de jubilación que le viene pagando a la demandante; asimismo, establecer si a éste le asiste el derecho a que le sean devueltos de los dineros que bajo tal concepto le han sido descontados.

5.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- 5.2.1.** Definir el marco teórico normativo de los descuentos en salud de los docentes pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;
- 5.2.2.** Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- 5.2.3.** Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el derecho reclamado.

6. MARCO NORMATIVO DE LOS DESCUENTOS EN SALUD DE LOS DOCENTES PERTENECIENTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

En relación con los descuentos para salud, se tiene que 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 los pensionados a favor de la entidad de previsión a la que se encuentren afiliados, así:

"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". Subraya del Juzgado.

Surge de lo anterior que los pensionados deben cotizar el 5% de su mesada para seguridad social.

Por su parte, 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", dispuso en el artículo 37, idéntica obligación para los pensionados, en los siguientes términos:

"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".

Asimismo, 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 (Subraya del Juzgado).

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 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."

Emerge de lo anterior que el pensionado tiene la carga de efectuar aportes con destino a la seguridad social en salud.

De otra parte, 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."

El Consejo de Estado declaró la nulidad parcial del artículo transcrito, a través de la Sentencia de fecha 3 de febrero de 2005, disponiendo que solo respecto a la mesada adicional de que trata 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".

No obstante, la Ley 4a de 1976 dispuso 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. Este precepto normativo se reiteró en el artículo 5º de la Ley 43 de 1984, por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público, norma que dispuso:

*"ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, **no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1843 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.***

"Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley."

En torno a este tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil, consideró:¹

"(...) 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 señalado marco normativo y jurisprudencial conduce a inferir que a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

¹ Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997. M.P. Augusto Trejos Jaramillo

Magisterio, no se les debe descontar de las mesadas adicionales de junio y diciembre el porcentaje correspondiente 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.

Evidentemente el artículo 279 de la precitada Ley, exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha Ley; circunstancia que conlleva a afirmar que respecto de estos afiliados 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:

"Párrafo 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".

Se extracta de la norma que antecede, que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), sigue siendo el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales que regían para esa fecha, esto es, Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que dispuso:

"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.***

"(...) Párrafo 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, el Juzgado considera que la norma no prohíbe el descuento de las mesadas adicionales de junio y diciembre. Aunado a lo anterior, es clara la norma al establecer que solamente las personas vinculadas con posterioridad a su entrada en vigencia, se encuentran amparadas por el régimen de prima media; situación la cual no se configura en el presente caso, por cuanto la demandante adquirió el estatus pensional desde junio 17 de 1994, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

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 FNPSM, 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, sino que se reitera, indica la cifra que se debe cancelar por un concepto especial, más no así el régimen.

Ahora bien, el Decreto 1073 de 2002 estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, no obstante el Juzgado considera que aquella norma 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. Tal situación, en nuestro sentir no afecta las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989, que regula el régimen especial de las personas pensionadas por el FNPSM, disposición que en su artículo 8, numeral 5, autoriza el descuento del porcentaje correspondiente con destino al Fondo, incluyendo las mesadas adicionales.

En ese orden de ideas, de lo antes expuesto se concluye que dado el régimen especial que ostentan los docentes pensionados por el FNPSM, 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, incluso las adicionales.

Debe agregarse que 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 no 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".

"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 carpo 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 (...).**" (Resalta el Juzgado)*

De igual manera señaló la Corte en el mismo pronunciamiento, 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 cuando estos son beneficiarios de un régimen especial, establecido en reivindicación de unas especiales condiciones de esos trabajadores, como son los docentes.

7. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

- 7.1.** Mediante Resolución No. 022 de enero 10 de 1995, expedida por el Delegado Permanente del Ministerio de Educación Nacional ante el Fondo Educativo Regional del Valle del Cauca, se reconoció y ordenó pagar en favor de la demandante, pensión mensual vitalicia de jubilación, por valor de \$398.720, a partir del junio 17 de 1994. En el artículo cuarto, se estableció que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio descontaría el 5% del valor de cada mesada pensional, para efectos de la prestación de servicio médico asistencial en beneficio del jubilado².
- 7.2.** A través de oficio 1010403, sin fecha, la FIDUPREVISORA S.A. dio respuesta a solicitud de reintegro de descuentos de mesadas pensionales, formulada por la señora MARÍA TERESA RAMÍREZ NIEVA, solicitud distinguida con el radicado 2011ER161517³.
- 7.3.** La FIDUPREVISORA S.A. allegó un extracto de pagos realizado a la demandante por concepto de pensión de jubilación desde febrero de 1995 hasta septiembre de 2015, discriminando las mesadas adicionales

² Folios 4 al 6 Cuaderno No. 1

³ Folio 9 Cuaderno No. 1

canceladas en junio y en diciembre de cada año y los descuentos efectuados por concepto de servicio médico⁴.

8. EL CASO CONCRETO

Descendiendo al análisis del caso concreto, se tiene que la demandante pretende que se declare la nulidad del acto ficto de carácter negativo que surgió porque el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO no dio respuesta a la solicitud que presentó desde septiembre 6 de 2011, encaminada a que le reintegrara los descuentos aplicados a las mesadas adicionales de junio y diciembre por concepto de aportes para salud, desde hace más de 7 años; pues, aunque mediante oficio No. 2011ER161517 la FIDUPREVISORA S.A. emitió una respuesta negativa al respecto, ese documento no constituye acto administrativo en razón a que dicha Fiduciaria no tiene facultad para expedir actos administrativos y/o resolver de fondo, ya que esos son solamente una administrador de recursos y un ente pagador⁵.

Argumenta que con la negativa de la entidad demandada, está desconociendo los diferentes preceptos que señalan que sobre las mesadas adicionales no se pueden realizar descuentos⁶.

La entidad demandada adujo que la Ley 91 de 1989, mediante la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableció en el numeral 5º del artículo 8º que el Fondo deducirá *“El 5% de cada mesada pensional que pague el fondo, incluidas las mesadas adicionales de, como aporte de los pensionados”*. Igualmente adujo que dentro de las mesadas referidas en esta norma se encuentran las mesadas ordinarias y las de junio y diciembre, denominadas *“adicionales”*.

Precisa además que el inciso 4º del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003; y que este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2004⁷.

⁴ Folios 1 al 12 Cuaderno No. 3

⁵ Hechos 4 a 7 de la demanda, vistos a folios 50 y 51 del cuaderno principal.

⁶ Acápites de “NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN” de la demanda, folios 55-58 c. 1.

⁷ Acápites de “ARGUMENTOS DE LA DEFENSA” del escrito de contestación de la demanda, folios 78 y 79 del cuaderno principal.

De acuerdo con el análisis que se plasmó en el numeral 5.2.1 de esta providencia, le asiste razón a la parte demandada, dado que, como allí se indicó, 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 el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exclusión reiterada por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, para aquellos docentes vinculados al servicio educativo oficial antes de la entrada en vigencia de dicha ley, esto es, antes de junio 27 de 2003.

En virtud de lo anterior, tanto a los pensionados, como a la demandante, que se encuentren bajo tal condición se les aplica la regla prevista en el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, esto es, que el descuento con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, aplica para todas las mesadas devengadas, incluyendo las denominadas “*adicionales*”.

Ello por cuanto esta disposición está vigente y hace parte del régimen de salud y pensional de los afiliados al citado Fondo, y lo atinente a la cotización no puede escindirse del mismo para tomar la parte favorable del Sistema Integral de Seguridad Social estatuido en la Ley 100 de 1993, toda vez que como lo manifestó la Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004, citada líneas arriba, no es procedente mezclar al arbitrio del particular el régimen general y el especial, sino que deben respetarse y cumplirse integralmente.

Consecuentes con el análisis expuesto, concluye el Despacho que los descuentos aplicados a las mesadas pensionales adicionales de la demandante por concepto de aporte para salud, son legítimos. Esto a la vez significa, que la parte demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto ficto o presunto demandado, lo cual conlleva *per se* a denegar las súplicas de la demanda.

Los argumentos expuestos, conducen a que se declare probada la excepción de inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley, propuesta por la entidad demandada.

9. COSTAS

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.⁸, 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 interpretación⁹:

“(...) 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; 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 8° 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 Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁸ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁹ 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.**

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY, propuesta por la parte demandada.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

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

CUARTO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ORIGINAL FIRMADO
CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez