



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CAQUETÁ

Florencia, 14 de agosto de 2020

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	18001-33-33-004-2019-00171-00
DEMANDANTE:	MARÍA NUBIA PRADA DE VALENCIA Y OTROS albertocardenasabogados@yahoo.com
DEMANDADO:	NACION-MINEDUCACION-FONPREMAG- y DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ. notjudicial@fiduprevisora.com.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co
SENTENCIA ANTICIPADA No.	42-07-291-2020

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Que en virtud de la expedición del Decreto 806 del 4/06/2020, que en su artículo 13¹ dispone la posibilidad de proferir sentencia anticipada y dado que en el presente caso al dirimirse pretensiones de pleno derecho que no requieren de la práctica de pruebas, se hace viable dar aplicación a lo dispuesto en dicha norma en el asunto de la referencia.

Por lo anterior, agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia Caquetá sobre el fondo del asunto.

II. LA DEMANDA. (F. 1-6 C.1).

Los señores MARÍA NUBIA PRADA DE VALENCIA, LIDIA TRUJILLO DE GUARNIZO, COSME COSSIO DE PALACIOS, BERNANDA RAMÍREZ ENDO y OLGA ROJAS DE LOZADA por intermedio de apoderada judicial, presentó medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FONPREMAG), y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ con el objeto que se declare la configuración del silencio administrativo negativo, surgido de la petición radicada ante la entidad el día 22 de septiembre de 2014, y con ello la nulidad de dicho acto administrativo que denegó la suspensión de los descuentos del 12% en salud de las mesadas adicionales de junio de diciembre.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho se declare la nulidad del acto administrativo ficto presunto negativo y se ordene a la entidad el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde la adquisición del status de pensionados de los actores a suspender los descuentos del 12%

Así mismo, solicita que se condene a la entidad demandada al pago de forma indexada del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha de status jurídico, aplicando para tal fin el IPC, al cumplimiento del fallo judicial y al reconocimiento de los intereses conforme lo establecen los artículos 192 y 195 de la Ley 1437/2011, y que se condene a la demandada al pago de costas y gastos procesales conforme el artículo 187 ibidem.

- HECHOS:

Los hechos narrados en el libelo de la demanda, se sintetizan de la siguiente manera:

Que los accionantes laboraron como docentes para la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siéndoles reconocida una pensión vitalicia de jubilación.

Que la FIDUCIARIA LA PREVISORA SA, en calidad de administradora de los recursos de FOMAG- SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, asumió el



descuento y pago de las deducciones en salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, pero desde el nacimiento del derecho e inclusión en nómina de los accionantes, descontando el 12% para salud de las mesadas de junio y diciembre, denominadas mesadas adicionales, por lo tanto, los accionantes reciben 14 mesadas al año, y dichos descuentos deberían efectuarse solo por 12 meses.

Que mediante petición elevada ante la entidad accionada el día 22/09/2014 en donde los accionantes solicitaron el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizado con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, sin que la entidad haya dado respuesta de fondo alguna.

- NORMAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas vulneradas, del libelo de la demanda se extraen las siguientes:

- Constitución política: artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3 y 58.
- Código Civil, artículo 10
- Ley 4/66 y su decreto reglamentario 1743/66
- Ley 6 de 1945
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1848 de 1969
- Ley 91 de 1989
- Decreto 1073 de 2003
- Ley 1250 de 2008
- Ley 812 de 2003, artículo 81.
- Concepto de la Sala de Consulta y Civil Radicado No. 1064 del 16/12/1997, Mp Dr. Augusto Trejos Jaramillo.

Como concepto de violación realiza un recuento normativo y jurisprudencial respecto de la prohibición del descuento por concepto del porcentaje a la salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, precisando lo dicho por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997 así:

“Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese ajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste”.

Ahora bien, desde el punto de vista factico o de hecho NO pueden haber descuentos de 14 meses cuando son 12 meses de servicio y no siempre con adecuada cobertura y calidad, por cuanto los pensionados tienen que sufragar servicios privados o planes complementarios de salud.

(..) 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 descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objeto de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, en este caso, sería el valor de la mesada (...)
Negrilla fuera del texto”

En tal sentido, considera que demanda, está llamada a prosperar toda vez que se deberán restituir las sumas descontadas al actor, en las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde la fecha de reconocimiento de su estatus de pensionado.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

.-FONPREMAG: Guardó silencio en ésta etapa procesal, conforme se observa en la constancia secretarial visible a folio 69 del expediente.

.-Departamento del Caquetá- Secretaría de Educación Departamental. (fol. 55-63 del expediente).

El apoderado de la entidad manifiesta oposición a las pretensiones de la demanda, indicando que



no se debe declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo, toda vez que la entidad territorial remitió la petición a la fiduciaria la previsor, entidad competente para resolver la petición con oficio con radicado de salida SAC:2014EEI1450 del 29/09/2019, informándole al apoderado del demandante mediante oficio con radicado de salida SAC:2014REI1452 de fecha 29/09/2014, y por tanto se debe mantener la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos conforme el artículo 88 del CPACA.

Señala que en relación que en relación con el restablecimiento del derecho no se debe ordenar a la entidad al reintegro de los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, realizados a los demandantes, toda vez que el acto administrativo enjuiciado no materializa la decisión de la Secretaría Departamental del Educación, sino de la entidad Fiduciaria como órgano competente para resolver el caso de las prestaciones sociales de los docentes, siendo éste quien maneja los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

Propone como excepciones la de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causal de nulidad de los actos administrativos.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

.-PARTE DEMANDANTE¹, reitera de manera íntegra los argumentos expuestos en el libelo de la demanda, solicitando que se concedan las pretensiones de las mismas.

.-PARTE DEMANDADA

.- FOMAG²:

Señala que la ley 91 de 1989, mediante la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, referente a los aportes establece: Numeral 5 del artículo 8 el Fondo deducirá “El 5% de cada mesada pensional que pague el fondo, incluidas las mesadas adicionales, como de los pensionados”, por lo tanto, dentro de las mesadas a que se refiere la norma aludida se encuentran como se ha indicado las ordinarias y las de junio y diciembre, las que son denominadas - 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, los ayudan a financiar el sistema integral de salud del Régimen de Excepción a que pertenece el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin desconocer que para el particular opera también el principio general de solidaridad, puesto que en aras al enunciado, los diferentes rangos salariales hacen la sostenibilidad del sistema.

Indica que la Ley 812 del 26 de junio del 2003, modifica el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señalando que el valor total de cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, en esta norma el aporte del pensionado es del 12% sobre el valor de la mesada, aclarando que el inciso 4' del artículo 81 de la ley 812 del 2003 fue declarado exequible por la Corte Constitucional según Sentencia C-369 del 2004, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lvnnett.

Refiere que la Corte, indica que un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Cada régimen especial es entonces un universo propio, concluyendo la Corte que, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial, frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos.

Indica que por tanto, la Corte 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

¹Mediante memorial electrónico de fecha 10/07/2020, presentó alegatos de conclusión. Archivo No. 6 del expediente electrónico

²Mediante memorial electrónico de fecha 16/07/2020, presentó alegatos de conclusión. Archivo No. 8 del expediente electrónico



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.

Aduce que, el Decreto 2341 de 2003, reglamentario del artículo 81 de la ley 812 de 2003 establece, que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo del Magisterio corresponderá a la suma de los aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, el cual es el 12%.

La ley 1122 del 09 de enero de 2007 modifica el inciso 1 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en lo referente al monto de las cotizaciones; el cual será a partir del primero de enero de 2007, del 12.5% del ingreso o salario base de cotización. En tal sentido se expidió la Circular Externa 00101 de enero 12 del 2007, del Ministerio de la Protección Social, en resumen, los aportes de los docentes pensionados pasaron al 12.5%, siendo estas normas de obligatorio cumplimiento para los entes comprometidos en el reconocimiento y pago de prestaciones de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en ellas claramente se establece el valor de los aportes y su aplicación en las mesadas pensionales devengadas por los educadores. La Ley 91 de 1989, norma que consagra el régimen de excepción de los docentes, determinó que con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio se garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales de acuerdo con las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Manifiesta que a diferencia del sistema General de Seguridad Social, los servicios médicos de los docentes sometidos a la Ley 91 de 1989, son prestados por entidades médicas contratadas para el efecto y canceladas con los recursos de la cuenta Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sistema totalmente diferente, por lo que es de régimen de excepción al sistema de salud consignado en el régimen de seguridad social de la Ley 100 de 1993, por lo que no puede pretenderse, buscar aplicación de normas de carácter general que les son más favorables, pues estaría modificando el espíritu del régimen de excepción docente y por ende creando un nuevo régimen.

Reitera que el régimen General de Salud (Ley 100 de 1993) y el exceptuado especial para los docentes del sector oficial y sus beneficiarios, tienen marcadas diferencias (el último económicamente favorable para éstos) y una identidad: el servicio médico asistencial no es gratuito. A la luz del inciso 2º del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, los pensionados, en su condición de afiliados obligatorios al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, deben asumir en su totalidad el valor de la cotización; toda vez que al contar con capacidad de pago están llamados a contribuir con el financiamiento del mismo. Así lo precisó una providencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (Leer: Explican temporalidad de aplicación de condición más beneficiosa entre Ley 100 y Ley 860 del 2003).

Depone, que todos los pensionados en el país, sin excepción alguna, al tener capacidad de pago, están llamados a cotizar y, como consecuencia, financiar el régimen contributivo del sistema de salud, pues no de otra manera podría sostenerse económicamente el mismo, ni menos, otorgar las diferentes prestaciones asistenciales y económicas, pues los aportes realizados por los cotizantes al régimen contributivo así como los pensionados, se descuenta un punto porcentual para la subcuenta de solidaridad del Fosyga encargada de cofinanciar, junto con los entes territoriales, el régimen subsidiado, por lo que la destinación de ese descuento es la prestación del servicio de salud de la población colombiana sin capacidad de pago, por lo que, en consecuencia, las cotizaciones de los pensionados resultan vitales para el financiamiento del sistema en salud (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-49482017).

Finalmente solicita, se denieguen las pretensiones de la demanda.

.-DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ³: guardó silencio en esta etapa procesal.

MINISTERIO PÚBLICO⁴. No emitió concepto.

³ Archivo 15 del índice del expediente judicial electrónico

⁴ Archivo 15 del índice del expediente judicial electrónico



V. CONSIDERACIONES.

a) Competencia.

Este Despacho es competente para dirimir en derecho el presente litigio, en razón a la naturaleza de los hechos, el último lugar de la prestación del servicio, y la cuantía del asunto, de conformidad con los artículos 155, 156 y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–.(Ley 1347 de 2011).

b) Problema jurídico.

¿Se debe declarar la configuración del silencio administrativo negativo, generado por la entidad accionada al no ofrecer respuesta a la reclamación administrativa presentada por la parte actora el 22 de septiembre de 2014, en donde solicitó la suspensión del descuento del 12% de cotización al régimen de seguridad social en salud realizadas a las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión ordinaria de jubilación?

¿Hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo ficto presunto negativo surgido de la reclamación administrativa presentada por los actores, atendiendo que el descuento del 12% realizado para aportes en salud en las mesadas adicionales desconoce las normas aplicables al régimen exceptuado al que pertenecen los docentes, así como los pronunciamientos efectuados por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y por tal razón, hay lugar a ordenar su suspensión y reintegrar los dineros descontados?

c). Excepciones.

La entidad demandada Departamento del Caquetá, propuso como excepción la de falta de legitimación en la causa por pasiva, atendiendo que a la entidad territorial no le correspondía aprobar o no el acto administrativo enjuiciado.

Se establece que la legitimación en la causa por el lado activo, consiste en la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho⁵. La legitimación es, por lo tanto, un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.⁶

Atendiendo lo expuesto, queda claro entonces que la legitimación en la causa es necesaria para proferir sentencia de mérito, bien sea esta favorable a las pretensiones del accionante o bien a las excepciones de la entidad demanda⁷, razón por la cual en el caso objeto de estudio, la Secretaría Departamental de Educación del Caquetá, se encuentra legitimada para obrar, habida consideración que de ella se emanó el acto administrativo que hoy se demanda su nulidad parcial, asistiéndole interés en las resultas del proceso en aras de la protección de su patrimonio.

d). Régimen Jurídico

.-Del Principio de Solidaridad que Rige el Sistema de Seguridad Social

Es importante precisar que, en casos como éste, prima el principio de solidaridad, pilar básico del Estado Social de Derecho reconocido por nuestra Constitución Política en los artículos 1°, 48, 49 y numeral 2° de artículo 95, en virtud del cual, quienes tienen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos para garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social.

La Corte Constitucional, ha manifestado pacíficamente el papel preponderante del principio de solidaridad, que en nuestro sistema actual adquiere mayor relevancia, como se indica:

⁵ Sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213. En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: “En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva”.

⁶ Sentencia de 1° de marzo de 2006, exp. 15.348.

⁷ La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren



“La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como propósito común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad.”

(...)

“Así, pretende desarrollar el principio de solidaridad, porque en este subsistema se da la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos y las comunidades, bajo la protección del más fuerte hacia el más débil. El objetivo entonces es que se pueda obtener una pensión adecuada que ampare al afiliado en su vejez o invalidez y que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes en caso de muerte puedan alcanzar esa prestación. Pero además el sistema pretende obtener los recursos de financiamiento para aquellos afiliados cuyos recursos son insuficientes, quienes también tienen derecho a las prestaciones propias del sistema.”

(...)

Este pronunciamiento deriva no sólo de los artículos 1 y 95 de la Carta; la solidaridad también aparece consagrada en el artículo 48 de la Constitución como uno de los principios medulares del servicio público obligatorio de la seguridad social. (...) La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad. La solidaridad no se encuentra sólo en cabeza del Estado, sino que también los particulares tienen una carga al respecto. Además, según la filosofía del sistema, los aportes no tienen que verse necesariamente reflejados en las prestaciones, pues estos aportes tienen finalidades que sobrepasan el interés individual del afiliado y apuntan a la protección del sistema considerado como un conjunto dirigido a proteger a toda la población⁸ (subrayado y negrilla fuera del texto).

De igual forma vemos que la Ley 100 de 1993, incluye dentro de los principios que rigen el Sistema en Seguridad Social, según su artículo 2 literal c, por tanto, éste impone la obligatoriedad de ayuda entre semejantes y supone la colaboración de la sociedad con aquellas personas que se encuentran en desventaja, dado que es irrefutable que algunas personas tienen más posibilidades económicas que otras, además, cabe manifestar que con el descuento reclamado, se está contribuyendo a la sostenibilidad, equidad y eficiencia del Sistema, lo que implica que las personas con menos recursos también puedan recibir un servicio de salud adecuado, siendo importante aclarar que el régimen pensional, cualquiera que éste sea, se rige por el principio de solidaridad, por ello, no puede deducirse que el otorgamiento de la pensión se encuentre exenta de los respectivos aportes respectivos, obligando así a los acreedores de la misma a que con un aporte mensual, contribuyan al mantenimiento de un capital base que permita al Estado atender el conjunto de obligaciones que genera el sistema, sin que pudiere considerar que el Decreto Reglamentario 1703 de 2002, excluyó a los beneficiarios de la pensión de jubilación del principio de solidaridad y los eximió de la contribución en salud.

Lo anterior, atendiendo que carecería de toda razón en la lógica del funcionamiento del Estado Social de Derecho. El artículo 14 de esa norma previó:

“Artículo 14. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. Para efectos de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...” (negrilla fuera de texto).

De los apartes jurisprudenciales, tenemos que el principio de seguridad social, es un principio básico y primordial del Estado Social de Derecho, el cual consiste en que quienes tienen mayores

⁸ Ver Corte Constitucional C-529 de 2010.



ingresos deben subsidiar a aquellos que perciben menos, para de esta manera garantizar la cobertura total de los ciudadanos al Sistema de Seguridad Social, siendo una obligación de todos los ciudadanos afiliados al sistema.

.-Del régimen jurídico aplicable a los docentes

Establecido el principio de solidaridad que rige el Sistema de Seguridad Social del Estado, se procederá a indicar cuál es el régimen jurídico aplicable respecto al régimen de cotización al sistema de salud de los docentes pensionados por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Ley 4° del 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”, estableció en su artículo⁹ 2 que los pensionados cotizarán mensualmente el 5% de su mesada pensional, disposición ésta que fue reiterada por el artículo¹⁰ 37 del Decreto 3135 de 1968, que integró la seguridad social entre el sector público y privado, reglamentado por el Decreto¹¹ 1848 de 1969, normas estas que mantuvieron incólume dicho precepto legal.

Por su parte, la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad encargada de la administración y pago de las pensiones y la administración y prestación del servicio médico en salud de los docentes afiliados, reiteró en su artículo¹² 8 numeral 5, el valor del porcentaje (5%) de las mesadas incluidas las adicionales como aporte de los pensionados, a dicho fondo.

Posteriormente con la expedición de la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, que excluyó de su órbita de aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, protegiendo de esta manera los derechos adquiridos en materia pensional de los empleados del magisterio; y adicionando con la modificación realizada al artículo 279 de la Ley¹³ 100 de 1993, por la Ley 238¹⁴ de 1995, el reajuste de las pensiones de los afiliados al FONPREMAG en relación con mantenimiento del poder adquisitivo de sus mesadas, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor y la inclusión de la mesada adicional de junio.

Así las cosas, se puede concluir, que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre, respectivamente.

⁹ “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...”

¹⁰ Artículo 37 Decreto 3135 de 1968: “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”.

¹¹ “artículo 90. Prestación asistencial.

(...)

3. Todo pensionado 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 (Se subrayó).

¹² Ley 91 de 1989, artículo 8, numeral 5: El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

¹³ Ley 100 de 1993, “ARTICULO. 14.- Reajuste de pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.

ARTICULO. 142. -Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, 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.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

PARAGRAFO.-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.”

¹⁴ Ley 238 de 1995, Artículo 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: “Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.



Ahora bien, frente al valor de la tasa de cotización para aportes de la salud de los docentes, el inciso 4 del artículo¹⁵ 81 de la Ley 812 de 2003, por medio del cual se establece el régimen prestacional de los docentes oficiales, estableció que 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; disposición ésta que lo único que hizo fue equiparar específicamente la base de cotización para salud de los regímenes especiales con el régimen general, sin que pueda ser interpretada como una inclusión del docente pensionado al régimen general de pensiones, y tampoco como una derogatoria tácita de la ley 91 de 1989, tal como lo propone la parte actora.

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-369 de 2004, señaló:

“6- La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes 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 ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción- “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”. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. (Negrilla fuera de texto)

De la jurisprudencia ibídem, queda claro entonces, que la Ley 812 de 2003 estableció el deber de cotizar en las cuantías señaladas por la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 a los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; dicho monto inicialmente se encontraba fijado en el 12% según el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, posteriormente con el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 se aumentó al 12,5% y finalmente el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008 estableció el 12% - *“La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional”*.

De lo anterior, y como la norma no hizo distinción en las mesadas pensionales afectadas con los descuentos en salud, considera esta judicatura, que no es dable a este intérprete hacer dicha distinción, por lo cual el descuento en salud, en principio debe efectuarse a todas las mesadas pensionales, incluyendo las adicionales, en virtud del principio de solidaridad en que se fundamente nuestro sistema de seguridad social y sobre el que se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-529 de 2010, quien al respecto indicó:

¹⁵ Ley 812 de 2003, artículo 81 *“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...”



“La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social. La seguridad social es, en la acertada definición del preámbulo de la Ley 100 de 1993, el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la persona “y la comunidad”, para que, en cumplimiento de los planes y programas que el Estado y “la sociedad” desarrollen, se pueda proporcionar la “cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica”, con el fin de lograr el bienestar individual y “la integración de la comunidad”: La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como propósito común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad. En un sistema de seguridad social, aquellos siniestros que generan un riesgo que amenaza el mínimo vital (la falta de ingresos en la vejez o en la invalidez, el súbito desempleo, la ausencia imprevista de un generador de ingresos en el hogar, una enfermedad catastrófica no anticipada), y que no pueden ser cubiertos o atenuados a través de un simple esfuerzo individual o familiar, se atienden o cubren por la vía de la suma de muchos esfuerzos individuales, esto es, de un esfuerzo colectivo. Por supuesto que el principio solidario no es absoluto, y su aplicación debe matizarse con la de otros principios y valores, como el de sostenibilidad, el de eficiencia y el de garantía de los derechos fundamentales. De lo contrario, el sistema de seguridad social sería inoperante e inviable. Pero no cabe duda que la seguridad social sólo existe como desarrollo del principio solidario, sólo es posible gracias a él, y está concebido para hacerlo realidad”.

Del aparte jurisprudencia transcrito, se establece la solidaridad como pilar fundamental del Estado Social de Derecho, como regla para efectuar los descuentos del 12% de contribución al sistema general, lo que en principio llevaría a determinar como una obligación de los accionantes a que se les continúen efectuando los descuentos por dicho concepto sobre todas las mesadas pensionales incluyendo las adicionales junio y diciembre, entendiéndose de esta manera que las pretensiones de la demanda no tendrían lugar a su prosperidad, sin embargo, el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 consagra “La mensualidad adicional de que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones.”; entendiéndose que sobre la mesada adicional de diciembre existe una prohibición legal que no permite que la misma se afecte con ningún tipo de descuento, ni siquiera el aporte para salud.

Prohibición que fue ratificada por el artículo 5º de la Ley 43 de 1984 que a su tenor literal dispuso:

“Artículo 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 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional”. (Negrilla del despacho).

Posteriormente el Decreto 1073 de 2002 “Por el cual se reglamentan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993” reglamentó el artículo 5º de la Ley 43 de 1984, en el parágrafo del artículo 1 en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Descuentos de mesadas pensionales.

(..)

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.” (Negrilla fuera de texto).

Disposición que fue objeto de estudio por el Consejo de Estado, declarando su nulidad parcial, dentro del radicado 11001-03-25-000-2002-00163-01 (3166-02), con los siguientes argumentos:

“La Sala advierte, en primer término, que cuando el decreto acusado, dispuso respecto de los “descuentos de que tratan estos artículos”, no hizo relación con los artículos 50 y 142 de la ley 100 de 1993, por la potísima razón de que en estos no se gobernó descuento alguno, como atinadamente lo alegó el actor, sino con los artículos del decreto 1073, lo cual es bien distinto; si no fuere así, la norma no tendría sentido, dada su pésima redacción; en realidad, para la Sala, **la norma acusada quiso decir simplemente que las mesadas adicionales establecidas en los artículos 50 y 142 de dicha ley, no serían objeto de descuento.**

Ahora bien, es cierto que tanto la ley 42 de 1982 (artículo 7º), como la ley 43 de 1984 (artículo 5º) se relacionan con la mesada adicional que deben recibir los pensionados en



el mes de diciembre de cada año (regida hoy por el artículo 50 de la ley 100 de 1993), pero no con la mesada del mes de junio, gobernada por el artículo 142 ibídem, por lo que, en este punto, sí tiene razón el demandante, pues no existe norma legal que impida hacer descuentos de esta mesada adicional y, por ende, a juicio de la Sala el ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

*La nulidad que declarará la Sala del párrafo del artículo 1º del decreto acusado, se dispondrá, entonces, solo respecto de la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993. En lo demás, la pretensión se denegará.*¹⁶ (Negrilla y subrayas fuera del texto).

Posteriormente, con las modificaciones introducidas por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007¹⁷ se estableció que la cotización al Régimen Contributivo de Salud sería, a partir del 10 de enero del año 2007, del 12.5% del ingreso o salario base de cotización, sin que pueda ser inferior al salario mínimo, y finalmente, por virtud del artículo 10 de la Ley 1250 de 2008, es del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Así las cosas, es de aclarar que solamente en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional, dado que por pertenecer a uno especial se encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 de la citada ley, y el párrafo transitorio 10 del Acto Legislativo 001 de 2005 que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Frente al tema objeto de estudio, el Consejo de Estado, al decidir una acción de tutela interpuesta contra una sentencia judicial que denegó el reintegro de las sumas descontadas en las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación de un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló:

“Observa la Sala que, el tribunal accionado realizó un estudio juicioso de la normativa aplicable al caso concreto que le permitió establecer que, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, las personas que se encuentren afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidas de la aplicación del régimen general de seguridad social integral establecido en dicha Ley, razón por la que se creó 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 10 del acto legislativo 001 de 2005. En lo relacionado con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que, en principio, estos fueron prohibidos por el artículo 10 del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la ley 100 de 1993.

No obstante, lo anterior, dichas normas no le son aplicables a los docentes, dado que estos pertenecen a un régimen especial exceptuado de la aplicación de la Ley 100, tal y como se dispone en el artículo 279 de esa norma...”

(...)

Aunado a lo anterior se tiene que el párrafo transitorio 10 del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso lo siguiente:

“Párrafo transitorio lo. 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

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A", Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO (E), Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil cinco (2005), Radicación número: 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02).

¹⁷ Artículo 10. Modifícase el inciso 10 del artículo 204 de la Ley 100 de 1992, el cual quedará así:

Artículo 204: Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (10) 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%. Uno 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 (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%).” (Subrayas fuera del texto)



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."

Así las cosas, se tiene que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, es la Ley 91 de 1989, la que, en el numeral 50 del artículo 8, prescribió que:

"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. (...)" (Negritas fuera de texto)

De la normativa trascrita se tiene que la autoridad judicial demandada no incurrió en el defecto sustantivo alegado por la parte demandante, toda vez que la decisión cuestionada se encuentra debidamente sustentada y ajustada a derecho y en ella se utilizaron criterios de interpretación expuestos de manera razonada, que no implican desbordamiento del orden jurídico, otra cosa es que la actora discrepe de la interpretación normativa efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el caso sometido a su Consideración¹⁸

Así entonces, se evidencia que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio hacen parte de un régimen excepcional, y por tanto, no es viable aplicar las normas del Sistema General de Seguridad Social, como quiera que a éstos les deben ser aplicadas de manera íntegra las normas del régimen especial al cual pertenecen.

e). Del Fondo del Asunto.

Atendiendo la sentencia de fecha 14/02/2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, el Despacho a partir de la presente sentencia acoge la postura decantada por el Superior Jerárquico, y cambia la que venía aplicando.

De conformidad con los documentos allegados al plenario por la parte demandante, tenemos que los actores solicitaron ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio la devolución de las mesadas adicionales y primas de junio y diciembre, así como la cesación del descuento de dichas mesadas en el porcentaje del 12% (Secretaria de Educación Departamental del Caquetá¹⁹), sin que a la fecha le hayan ofrecido respuesta, tal como se sintetiza a continuación:

Nombre	Petición devolución descuento mesadas adicionales	Estatus Pensional	Resolución Pensión
María Nubia Prada de Valencia	22/09/2014 ²⁰	24/06/1993	118 del 22/04/1994 ²¹
Lidia Trujillo de Guarnizo		03/08/2006	216 del 21/11/2006 ²²
Cosme Cossio Palacio		04/12/2000	089 del 27/04/2005 ²³
Bernarda Ramírez Endo		24/08/2003	317 del 22/12/2003 ²⁴
Olga Rojas de Lozada		20/05/1995	362 del 22/12/1998 ²⁵

Tal como se desprende de los documentos arriba relacionados y transcritos, se encuentra plenamente acreditado en el proceso que los demandantes eran docentes a cargo del Departamento del Caquetá, quienes adquirieron su estatus pensional, haciendo efectivo su retiro del servicio docente una vez reconocida la respectiva pensión de jubilación.

Que estos elevaron petición ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual solicitaron ordenar el reintegro de los dineros indebidamente descontados en las mesadas

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 2012-00411-00(ac), C.P. William Giraldo Giraldo. Criterio reiterado por dicha sección en sentencia del 15 de noviembre de 2012, exp. 2012-01286-00, con ponencia del mismo magistrado

¹⁹ Fol. 15 del expediente.

²⁰ Fol. 41-45

²¹ Fol. 16-18

²² Fol. 21-22

²³ Fol. 26-28

²⁴ Fol. 32-33

²⁵ Fol. 37-39



adicionales y la suspensión de dichos pagos hacia el futuro, sin que a la fecha les hubiesen ofrecido una respuesta a los actores, y lo por tanto atendiendo lo dispuesto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es del caso declarar la configuración del silencio administrativo negativo²⁶ ante la omisión de la entidad accionada de contestar la petición de reintegro de los dineros dentro del plazo establecido en la Ley.

Ahora bien, en relación con el restablecimiento del derecho, es del caso señalar, tal como se indicó en marco jurídico transcrito en párrafos anteriores, que los descuentos solo proceden para cotización en salud tratándose de las mesadas adicionales, sobre la mesada adicional del mes de junio y no sobre la mesada adicional del mes de diciembre, puesto frente a ella existe expresa prohibición legal, debido a que dicho precepto es extensivo para los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta lo dicho por la Sala Plena de la H. Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad antes citada, C-369²⁷ de 2004 al señalar: “Es pues, válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003” y si ello es así, se debe realizar únicamente el descuento sobre la mesada adicional de junio e inviable dar aplicación al numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 que establece el descuento en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Concluyéndose de esta manera, que los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, calidad que ostentan los actores en el presente asunto, tienen que cotizar por concepto de salud sobre las mesadas ordinarias y adicionales, *salvo sobre la mesada adicional de diciembre, que está exenta en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 43 de 1984*, no existiendo duda sobre el porcentaje de cotización en salud que debe efectuarse a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 12% en los términos de la legislación y la jurisprudencia señalada.

En relación con las consideraciones antes anotadas, y habiéndose establecido que es sobre la mesada de junio que se puede realizar el descuento del 12% de cotización en salud, atendiendo de igual manera al principio de solidaridad que deben observar quienes tienen capacidad contributiva, esta judicatura encuentra procedente acceder de manera parcial a las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, hay lugar a declarar la nulidad parcial del acto administrativo ficto presunto negativo, surgido de la no contestación de la petición elevada por los accionantes el día 22/09/2014, dentro del presente medio de control.

f). Prescripción.

En lo atinente a la prescripción, valga decir por parte de esta Judicatura que el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 es claro en señalar que este tipo de derechos prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, prescripción que se interrumpe con el simple reclamo del empleado.

De lo anterior se observa que en el presente asunto ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción, por cuanto ha transcurrido más de 3 años entre el disfrute efectivo de la pensión de los actores y la fecha en que acudieron a la administración solicitando el cese de los descuentos del 12% en aportes para salud de las mesadas pensionales adicionales, y el reembolso de los dineros

²⁶ ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO²⁶. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

²⁷ “Esta Corporación ha señalado con claridad que quienes se encuentran 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 puede reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social. Sin embargo, la Corte ha precisado que lo anterior no significa que sea imposible formular cargos de igualdad por eventuales discriminaciones que hayan podido ser ocasionadas en un régimen especial. Esta Corte ha concluido entonces que es posible excepcionalmente formular y estudiar cargos de igualdad fundados en la comparación parcial entre un régimen especial y el sistema general de seguridad social.”



descontados por este concepto; habida cuenta que entre la adquisición del derecho pensional y la presentación de la petición ante la entidad demandada, superó el término establecido que la norma indica.

Así las cosas, habrá lugar a declarar probada la excepción de prescripción en relación con los descuentos efectuados a las mesadas adicionales de diciembre de los demandantes, así:

Nombre	Petición devolución descuento mesadas adicionales	Declaración de prescripción de mesadas con anterioridad a:
María Nubia Prada de Valencia	22/09/2014 ²⁸	16/03/2016 ²⁹
Lidia Trujillo de Guarnizo		
Cosme Cossio Palacio		
Bernarda Ramírez Endo		
Olga Rojas de Lozada		

VI. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Finalmente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365, aplicable por remisión expresa en virtud del artículo 188 del CPACA, el Despacho no condenará en costas en esta instancia, como quiera que prosperaron de manera parcial las pretensiones de la demanda, no siendo viable la condena en costas.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia - Caquetá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

FALLA:

PRIMERO	DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la entidad demandada DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ, de conformidad con las razones antes indicadas. DECLARAR probada la excepción oficiosa de prescripción, en relación con los descuentos efectuados a las mesadas adicionales de diciembre de los demandantes, los señores MARÍA NUBIA PRADA DE VALENCIA, LIDIA TRUJILLO DE GUARNIZO, COSME COSSIO DE PALACIOS, BERNANDA RAMÍREZ ENDO y OLGA ROJAS DE LOZADA a partir del 16/03/2016, conforme las consideraciones antes expuestas.
SEGUNDO	DECLARAR la existencia y configuración del silencio administrativo negativo, surgido de la no contestación de la petición de fecha 22/09/2014, de conformidad con la parte motiva de esta providencia
TERCERO	DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto presunto negativo, surgido de la no contestación de la petición elevada por los actores del 22 de septiembre de 2014 y declarado anteriormente, conforme las consideraciones de la presente sentencia.
CUARTO	En consecuencia, a título de restablecimiento ORDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FONPREMAG) y a la FIDUPREVISORA , suspender en forma definitiva los descuentos del 12% efectuados a la mesada adicional de diciembre de los demandantes, a partir del año en que se hizo efectiva su pensión.
QUINTO	CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FONPREMAG) y a la FIDUPREVISORA , a reintegrar a favor de los demandantes, el valor correspondiente al 12% de la mesada adicional de diciembre, por concepto de cotización al sistema de seguridad social en salud,

²⁸ Fol.41-45

²⁹ Fecha en que presentó la demanda, será la tenida en cuenta para contabilizar dicho término.



	teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción de las mesadas, señaladas en el numeral primero de esta providencia.
SEXTO	NEGAR las demás pretensiones de la demanda.
SEPTIMO:	Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del CPACA.
OCTAVO:	Sin condena en costas o agencia en derecho
NOVENO:	NOTIFICAR la presente decisión en la forma prevista en el artículo 203 del CPACA.
DÉCIMO:	ORDÉNESE expedir a la parte actora, copia de la presente decisión con sus constancias de notificación y ejecutoria, en los términos del artículo 114 del C.G.P.
DÉCIMO PRIMERO:	Una vez en firme la presente decisión y previa liquidación, ARCHIVAR el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor

Notifíquese y Cúmplase

GINA PAMELA BERMEO SIERRA
Juez

Firmado Por:

GINA PAMELA BERMEO SIERRA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA (4)

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
18ab006e0d665a425efccd85381a86b3b03ab36ffed3e62af4861f37d637bb51
Documento generado en 14/08/2020 05:54:43 p.m.