Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

D.E.I.P De Barranquilla, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Radicado	08-001-3333-006-**2018-00043**-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Víctor Manuel Iglesias Marte
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Atlántico - Secretaría de Educación Departamental.
Jueza	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

I. ASUNTO A DECIDIR

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por el señor Víctor Manuel Iglesias Marte contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Atlántico - Secretaría de Educación Departamental, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Como pretensiones de demanda, la actora presentó las que a continuación se mencionan:

Primera: Se declare la Nulidad del acto administrativo ficto o presunto generado el 04 de julio de 2017 por el silencio del Departamento del Atlántico - Secretaria de Educación de conformidad con el artículo 83 del C.P.A.C.A., ante la petición formulada y radicada en esa entidad el día 04 de abril de 2017.

Segunda: Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Atlántico - Secretaria de Educación, a suspender y reintegrar el valor de los descuentos realizados sobre la mesada pensional correspondiente a la Pensión de Jubilación, por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, con retroactividad desde cuando el demandante adquirió el derecho a la pensión.

Tercera: Condenar a las demandadas a que paguen la indexación o corrección monetaria sobre las sumas adeudadas, conforme a lo establecido en el Art. 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cuarta: Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Atlántico - Secretaria de Educación, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Hechos

Al realizar el estudio del cuerpo de la demanda y sus anexos, como fundamentos fácticos de las pretensiones de demanda, se resumen los siguientes[1]:

Primero: Mediante acto administrativo identificado con el número de Resolución No. 0598 del 16 de noviembre de 2005, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del señor Víctor Manuel Iglesias Marte por cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio en el ramo de la docencia oficial.

Segundo: Que al actor se le han estado descontando de la pensión de jubilación de las mesadas adicionales de junio y diciembre desde el ario 2005 hasta la fecha, el 12% para salud.

Tercero: Que a través de apoderado judicial, radicó petición escrita ante las entidades demandadas en fecha 04 de abril de 2017, a fin de que se ordenara no efectuar descuentos por concepto del aporte de salud sobre las mesadas pensionales adicionales y se ordenara el reintegro de los dineros que le han sido descontados por tal concepto, sin obtener respuesta por escrito y luego del transcurso de los tres meses siguientes a la presentación de la petición se entiende que la respuesta es negativa, de conformidad con lo reglado en el artículo 83 del C.P.A.C.A.

2.3. Fundamentos de Derecho, Normas Violadas y Concepto de Violación.

Como fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación, presentó la parte actora los argumentos que a continuación se resumen:

2.3.1 Normas violadas

- Ley 62 de 1966, Decreto 732 de 1976, Decreto 3135 de 1968, La Ley 4-@ de enero 21 de 1976, Ley 43 del 12 de diciembre de 1984 Ley 91 de 1989, Ley 100 de 1993, Decreto 1073 de 2002, Decreto 2341 de 2003, Ley 812 de 2003, Ley 797 de 2003, la Ley 1122 del 9 de enero de 2007, Ley 1250 del 27 de noviembre de 2008.

[1] Archivo N° 01 Expediente Digital (Demanda página 03)

2.3.2 Concepto de violación

Sobre los descuentos de las mesadas pensionales, el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, prescribió:

> *"Artículo 12 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. C.J 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"(Resaltado fuera del texto).*

Se encuentra que, conforme a lo dispuesto en el decreto citado, no pueden efectuarse descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

De esta manera, las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contemplándose los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo tanto el numeral 52 del artículo 82 de la Ley 91 de 1989, debe entenderse tácitamente derogado desde la fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003).

Estos descuentos por salud sobre las mesadas adicionales, fueron objeto de pronunciamiento por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, M.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo, en el concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997, que la Sala comparte, así:

> *"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. 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 reajuste 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".*

De lo anterior, se tiene que no existe en el ordenamiento jurídico actual norma expresa que prohíba o autorice a las entidades a realizar descuentos por concepto de salud en la mesada pensional adicional de junio y, en virtud al principio de favorabilidad laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional; al trabajador o pensionado se le

debe aplicar la interpretación más favorable, pues de lo contrario se estaría realizando una deducción del 24% no permitida por la ley.

2.4 Contestación de la Demanda

2.4.1. Departamento del Atlántico – Secretaria de Educación Departamental

Manifiesta la entidad que se opone a las pretensiones y condenas que pretende el demandante en contra del Departamento del Atlántico, en virtud que, por parte del ente territorial no se ha amenazado ni vulnerados derechos particulares, legales ni constitucionales.

Que de conformidad con el Decreto 2831 de 2005, son obligaciones de la Secretarias las de recibir y radicar las solicitudes en estricto orden, realizar el estudio, liquidar y proyectar el respectivo acto administrativo, remitir el expediente a la entidad fiduciaria para la aprobación del proyecto de resolución antes de la expedición del acto administrativo de reconocimiento de la prestación o pensión y una vez el acto administrativo se encuentre en firme, remitirlo a la entidad fiduciaria para la respectiva inclusión en nómina y orden de pago.

Resulta entonces que el Decreto 2831 de 2005 expresamente establece que las prestaciones reconocidas a los docentes, las pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: el cual por ser una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica (art.3 de la ley 91 de 1989), es administrado por la Fiduprevisora S.A., quien en últimas es la encargada de efectuar el pago correspondiente.

En este contexto, el reconocimiento y pago de la pensión del señor Víctor Manuel Iglesias Martes, lo realiza la Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la FIDUPREVISORA S.A. como entidad responsable de elaborar y pagar las nóminas correspondientes de los pensionados, y en consecuencia es esta la entidad judicial y materialmente facultada para responder sobre las reclamaciones elevadas por el demandante en este proceso. El papel de la Secretaria de Educación del Departamento del Atlántico, es de intermediario o tramitador para los procesos de denegación o reconocimiento de las prestaciones solicitadas por docentes, por lo que no existe responsabilidad alguna del Departamento del Atlántico en los hechos relacionados en esta demanda.

La entidad territorial propuso las excepciones: Falta de legitimación en la causa por pasiva, Inexistencia de la obligación reclamada, prescripción y genérica.

2.4.2. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Manifestó la entidad que se opone a las pretensiones de la demanda pues no existe derecho a reajustar algún valor por concepto de devolución de aportes.

Que con fundamento en lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, se dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG, situación que conllevó que a los mismos se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, pues de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a reducir un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen.

Que no es viable el pago de sumas por este concepto, toda vez que el descuento en el porcentaje de salud realizado a las mesadas pensionales del demandante, se encuentran ajustadas a la Ley y la normatividad vigente.

2.5. Alegatos

2.5.1. Parte demandante

La parte actora no alegó de conclusión.

2.5.2. Parte demandada – Departamento del Atlántico

Reiteran los argumentos y excepciones propuestas en la contestación de la demanda, ratificando la excepción de inexistencia del derecho invocado por la parte actora, habida cuenta que los descuentos ordenados en el artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, se encuentran ajustado a derecho, por lo tanto, son permitidos por el ordenamiento jurídico y en consecuencia las entidades demandadas no se encuentran en la obligación de reintegrar los dineros descontados por tal concepto: igualmente ratifica la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.5.3. Parte demandada – FOMAG

No alegó de conclusión.

2.5.4. Concepto Ministerio Público

El Ministerio Público no conceptúo en este proceso.

III. TRAMITE PROCESAL

- La demanda fue presentada el 25 de enero de 2018 y admitida en auto dictado en fecha 13 de diciembre de 2018.

- Surtidos los trámites de notificación, la demanda fue contestada por el Departamento del Atlántico en fecha 10 de septiembre de 2020. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.

- De las excepciones propuestas, se corrió traslado mediante fijación en lista de fecha 27 de agosto de 2021.

- Ante la posibilidad de proferir sentencia anticipada, mediante auto de fecha 09 de marzo de 2020, se incorporaron pruebas al proceso, se fijó el litigio y se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión.

- Vencido el término concedido, ingresa el proceso a Despacho en estado de dictar sentencia.

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. Validez de la actuación.

Revisadas las actuaciones procesales, no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado.

4.2. Problema jurídico:

El problema jurídico a resolver, se circunscribe en determinar:

¿Tiene derecho el accionante el reintegro de los descuentos del 12%, por concepto de aporte al Sistema de Seguridad en Salud, respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre de su pensión de vejez?

4.3. Tesis del Juzgado:

Se denegarán las pretensiones de la demanda, atendiendo a que la Ley 812 de 2003, señaló que el régimen de cotización en materia de salud, será aquel establecido en la Ley 100 de 1993. Por tanto, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben cotizar sobre las mesadas adicionales el equivalente al 12%, aporte que en aplicación al principio de solidaridad, contribuye con el sostenimiento

del sistema general de seguridad social en salud, razón por la cual, resulta improcedente reintegrar dichos conceptos al demandante.

4.4. Marco jurídico.

4.4.1. Marco legal de las mesadas adicionales de junio y diciembre - aplicable a los docentes.

Lo mesada adicional de diciembre, fue creada a través de la Ley 4ª de 1976, que en su artículo 5 dispuso:

> *"Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión…"*

Dicha disposición, fue acogida por la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, concretamente en el artículo 50, en los siguientes términos:

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

Adicionalmente, en el artículo 142 del mismo régimen legal, se consagró la mesada adicional de junio, así:

> *"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."*

Valga la pena mencionar, que en el artículo 279 de la misma ley, se dijo, que el Sistema Integral de Seguridad Social, no le era aplicable a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Ciertamente, los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una

entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital, en la actualidad, por medio de la Fiduciaria La Previsora S.A.

Sin embargo, más tarde, a través de la Ley 238 de 1995, se determinó, que las excepciones consagradas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley, para los pensionados de los sectores allí contemplados, tales como los docentes.

4.4.2. Descuento por concepto de Salud en las mesadas adicionales.

La carga de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, se extendió a los pensionados afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, desde la Ley 4ª de 1966 que en su artículo 2° dispuso:

> *"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."*

Más tarde, la Ley 91 de 1989, en su artículo 8, consagró:

> *"El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*
>
> *El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
>
> *Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
>
> *El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
>
> *El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
>
> ***El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***
>
> *El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales."*

Posteriormente, la Ley 100 de 1993, estableció tres subsistemas de protección, a saber, salud, pensiones y riesgos profesionales. En materia de salud, instituyó como regla general, que las cotizaciones que debían efectuar los afiliados al régimen contributivo, incluyendo los pensionados, debían fijarse bajo criterios de solidaridad, con el fin de

colaborar con el sostenimiento del sistema, señalándolo en un porcentaje inicial del 12% del salario base[2].

El Decreto 1703 de 2002, por el cual se adoptaron medidas para controlar la afiliación y cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, impuso a los afiliados cotizantes, vinculados a un régimen de excepción, que percibiera ingresos adicionales, sobre los cuales deba cotizar al Sistema General de Seguridad Social, en Salud, la obligación de cotizar al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA. Textualmente la norma en mención, señala:

> *"ARTÍCULO 14. Régimen de excepción. Para efecto 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.*
>
> *Si el cónyuge, compañero o compañera permanente del cotizante al régimen de excepción tiene relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización sobre tales ingresos directamente al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga. Los servicios asistenciales les serán prestados exclusivamente, a través del régimen de excepción y 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.*
>
> *Si el régimen de excepción no contempla la posibilidad de afiliar cotizantes distintos a los de su propio régimen, el cónyuge del cotizante del régimen de excepción deberá permanecer obligatoriamente en el régimen contributivo y los beneficiarios quedarán cubiertos por el régimen de excepción.*
>
> *Si el régimen de excepción no prevé la cobertura del grupo familiar, el cónyuge cotizante con sus beneficiarios, permanecerán en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
>
> *Parágrafo. Cuando la persona afiliada a un régimen de excepción, sin tener derecho a ello, reciba servicios de salud de una Entidad Promotora de Salud o de una Institución Prestadora de Servicios que no haga parte de la red de servicios del*

[2] Texto original del artículo 204 (anterior a la modificación de la Ley 1122 de 2007): "La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador, un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

régimen de excepción, existirá obligación de estas entidades de solicitar el reembolso al régimen de excepción al cual pertenece el usuario, debiendo sufragar este último régimen todos los gastos en que se haya incurrido. El plazo máximo para el reembolso será de treinta (30) días contados a partir de la fecha de presentación de la cuenta respectiva, so pena de que deban ser reconocidos los intereses moratorios a que alude el artículo cuarto del Decreto-ley 1281 de 2002".

Por otro lado, la Ley 812 de 2003, vigente a partir del 26 de junio de ese mismo año, reglamentó el régimen prestacional de los docentes oficiales, disponiendo que en materia pensional les sería aplicables las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y frente al personal de excepción, dispuso, que estarían sujetos a cotizar para salud y pensiones en la proporción establecida en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 200311, sin perjuicio de los derechos del personal docente oficial, vinculado con anterioridad a su promulgación, quienes continuarían disfrutando **del régimen prestacional, que no de cotización**, regido por las disposiciones anteriores[3].

Sobre el tema, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C – 369 de 2004, señaló:

"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).*

Por su parte, la Ley 1122 de 2007, vigente a partir del 9 de enero de 2007, al modificar la Ley 100 de 1993, fijó en un 12.5% del ingreso o salario base la cotización al Régimen contributivo en salud, a partir del 1° de enero de 2007, la que debe entenderse aplicable, aun para situaciones constituidas con anterioridad a su promulgación, pues, de lo que se trata es de actualizar o incrementar el porcentaje del aporte en salud por pensión, cuya configuración corresponde al amplio margen de acción, respecto al diseño del sistema de salud y pensiones del legislador.

---

[3] Inciso 1° articulo 81.

Sobre el particular, el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C – 126 de 2000, expuso:

> *"El artículo 48 de la Carta señala unos principios básicos que estructuran la seguridad social, pero confiere al Congreso una amplia posibilidad de regular de maneras distintas este servicio obligatorio, puesto que establece que éste se presta, con base en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, "en los términos que establezca la Ley" (inciso primero) y comprende "la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley" (inciso tercero). Por ende, el Legislador tiene la facultad de determinar los servicios que comprende la seguridad social y desarrollar el alcance del principio de solidaridad. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, "el legislador tiene una variedad de opciones para desarrollar el mandato del art. 48, y naturalmente una amplia competencia para crear el sistema o los sistemas de seguridad social que más se adecuen a las finalidades del Estado Social de Derecho" (Sentencia C-538 de 1996, MP Antonio Barrera Carbonell. Consideración 2.2. f).*
>
> *De otro lado, en múltiples ocasiones, esta Corte ha mostrado la importancia que tiene el principio de solidaridad, que constituye tanto un deber exigible a las personas, en ciertas situaciones (CP art. 95 ord. 2º), como un principio que gobierna el funcionamiento de determinadas instituciones en el Estado social (CP arts 1º y 48). Además, esta Corporación ha precisado que ese principio constituye un criterio hermenéutico útil para especificar el alcance y sentido de ciertas disposiciones y situaciones fácticas. Igualmente, esta Corte ha indicado que la solidaridad hace referencia al deber que tienen las personas, por el solo hecho de hacer parte de una determinada comunidad humana, de contribuir con sus esfuerzos a tareas comunes, en beneficio o apoyo de los demás asociados o del interés colectivo. Por consiguiente, en materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto.*
>
> *9- En esas condiciones, si la solidaridad constituye uno de los principio básicos de la seguridad social, pero el Legislador goza de una considerable libertad para optar por distintos desarrollos de este sistema, una consecuencia se sigue: la ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad en este campo. Por consiguiente, en tal contexto, bien puede la ley establecer que el pensionado debe cancelar en su integridad la cotización en salud"*

Siendo así, los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, se constituyen en los pilares del Sistema de Seguridad en Salud y son ellos, finalmente, el fundamento que otorga legalidad a las normas que los desarrollan, más aun en materia de régimen de cotización.

Debe tenerse en cuenta, que el artículo 48 de la Constitución Política, consagra el derecho a la seguridad social, bajo dos connotaciones principales: i) como servicio público de carácter obligatorio que se presta "**bajo la dirección, coordinación y control del Estado**", sujeto a los **principios de eficiencia, universalidad y solidaridad** "en los términos que establezca la ley" y ii) como un derecho irrenunciable, que se garantiza a todos los habitantes.

La norma constitucional citada, entonces, entrega al legislador la configuración del Sistema Integral de Seguridad Social, que comprende el Sistema General de Pensiones, margen de configuración normativa que como lo ha reiterado la Corte Constitucional[4], resulta ser amplio, siempre que la regulación se efectúe con sujeción a la Constitución.

En efecto, la Corte constitucional ha señalado, que la Constitución delega en el legislador la función de configurar el sistema de pensiones, para lo cual goza de un amplio margen, a fin de **garantizar, que el sistema cuente con los medios, para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante** y su prestación se realice, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, previstos en el artículo 48 de la Constitución.

Evidentemente, dicho margen de potestad legislativa, debe responder a los criterios de razonabilidad y viabilidad económica, en tanto, sería contra argumento plausible, considerar que el Estado no puede descargar el peso financiero en el pensionado, sin una limitante, máxime cuando el pensionado, es una persona sujeta a protección especial, por su condición de debilidad.

A esto hay que sumarle, que el aporte del cotizante, tiene la connotación de contribución parafiscal, por ende, obligatoria en su pago, a partir de la configuración de sus requisitos. En otras palabras, si la base de cotización es una pensión, toda contribución que recaiga sobre una pensión, además de ser obligatoria en su pago, al configurarse como requisito para el pago de una contribución parafiscal, en su monto, será igual para todos.

Al efecto, los aportes obligatorios que realizan los afiliados al Sistema de Seguridad Social en pensiones, según la jurisprudencia constitucional[5], revisten el carácter de contribuciones parafiscales. Dichas contribuciones, fueron definidas por el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, sobre las cuales, la Corte Constitucional ha indicado, que son recursos[6] con una destinación determinada y precisa, lo que no las convierte en renta de destinación específica y además, pueden estar incluidas dentro del Presupuesto General de la Nación, sin que por ello entren a engrosar el erario público ya que mantienen su afectación especial. Así se expuso en la Sentencia C-840 de 2003[7], cuando indicó:

---

[4] Corte Constitucional. Sentencia C-243/06. Referencia: expediente D-5955. Actor: CARLOS ARTURO HURTADO VÉLEZ. M. P.: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Sentencia del 29 de marzo de 2006.
[5] En la Sentencia C-155 de 2004, se señaló: "Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones". Consúltense también las sentencias: C-179 de 1997, C-711 de 2001, C-1089 de 2003.
[6] En las sentencias C-651 de 2001 y C-840 de 2003, la Corte señaló que las contribuciones parafiscales son recursos públicos.
[7] M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. En esta decisión la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 118, parcial, de la Ley 788 de 2000.

"Ahora bien, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en su artículo 29 define las contribuciones parafiscales de la siguiente manera: "Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, la administración y la ejecución de estos recursos, se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable" (Negrilla fuera de texto)

"Tratándose la parafiscalidad de una técnica de intervención del Estado en la economía, destinada a extraer ciertos recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional, son sus características, identificadas jurisprudencialmente:

"… su obligatoriedad, en cuanto se exigen como los demás tributos en ejercicio del poder coercitivo del Estado; su determinación o singularidad, en cuanto sólo grava a un grupo, sector o gremio económico o social; su destinación específica, en cuanto redunda en beneficio exclusivo del grupo, sector o gremio que los tributa; su condición de contribución, teniendo en cuenta que no comportan una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, su naturaleza pública, en la medida en que pertenecen al Estado aun cuando no comportan ingresos de la Nación y por ello no ingresan al presupuesto nacional; su regulación excepcional, en cuanto a sí lo consagra el numeral 12 del artículo 150 de la Carta; y su sometimiento al control fiscal, ya que por tratarse de recursos públicos, la Contraloría General de la República, directamente o a través de las contralorías territoriales, debe verificar que los mismos se inviertan de acuerdo con lo dispuesto en las normas que los crean[8]."

De ahí que, como parte integrante del fenómeno macroeconómico del país, de conformidad con el art. 346 de la Constitución Política, el aporte parafiscal debe ser compatible con las metas macroeconómicas fijadas por el Gobierno en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República, las cuales se establecen de conformidad con el artículo 339 de la Constitución Política, en el Plan Nacional de Desarrollo, en cuya parte general "se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo, y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno".

A lo que debe sumarse, que de acuerdo con el principio de la homeóstasis presupuestal, lo que se persigue es mantener la congruencia entre el crecimiento real del presupuesto de rentas, incluida la totalidad de los créditos adicionales, y el crecimiento de la economía, para evitar que genere desequilibrio macroeconómico" (negrillas fuera de texto).

En razón a todo lo expuesto, sin excepción alguna (modalidad de pensión), resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad, se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado, el que a su vez hace parte del Sistema General de la Seguridad Social, so pena de afectar el componente macroeconómico de la economía nacional, concretamente, el soporte financiero del sistema y crear desigualdad, entre quienes hacen los aportes al mismo,

[8] Sentencia C-349 de 2004.

que como se ha visto, son contribuciones tributarias para el sostenimiento de los fines del Estado.

4.5. Caso Concreto.

4.5.1. Falta de Legitimación en la causa por pasiva

La parte demandada - Departamento del Atlántico, con la contestación de la demanda formuló como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que Departamento del Atlántico - Secretaria de Educación Departamental del Atlántico carecen de legitimación en la causa por pasiva y tanto de interés sustancial en las resultas del proceso, por cuanto no puede entrar a satisfacer una eventual condena, la cual estaría exclusivamente a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La legitimación en la causa de conformidad al numeral 6º del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es una excepción que técnicamente no es previa, sino que constituye un presupuesto material de la sentencia vinculado sustancialmente al concepto «parte», salvo en lo que tiene que ver con la legitimación en la causa de hecho que tiene que ver con la vinculación procesal del demandante o demandado al litigio propuesto.

En efecto, respecto de la legitimación en la causa, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado se ha pronunciado en varias ocasiones y ha concluido que esta figura se refiere a la existencia de un vínculo o conexidad que inevitablemente debe existir entre los sujetos que integran la relación controversial. Así mismo, que esta figura procesal se configura tanto por activa como por pasiva y se predica en dos modalidades, «…una de hecho y otro material, siendo la primera la que se estructura entre las partes con la notificación del auto admisorio del libelo, esto es, con la debida integración del contradictorio; y la segunda, la que se edifica en la relación causal entre los hechos que soportan las pretensiones y las partes.

Conforme a los argumentos expuestos y atendiendo la etapa procesal del presente proceso, el análisis se enfocará a estudiar la legitimación en la causa de hecho, como quiera que la legitimación material en la causa, esto es, la propuesta por la entidad territorial en el sentido si debe o no responder por la condena que virtualmente llegue a imponerse en el reconocimiento de la sanción moratoria, es presupuesto material de la sentencia por cuanto implica un análisis de la relación sustancial para determinar la existencia o no del derecho reclamado.

De acuerdo con lo anterior, encontramos que la legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Atlántico, está dada por los siguientes motivos, en primera medida

porque contra dicha entidad fue dirigida la demanda, y como segundo punto por haber sido el ente territorial que expidió el acto administrativo que ordena el reconocimiento y pago de las cesantías solicitadas por la docente, como hecho fundamental de la presente demanda, por lo cual, está llamado a defender la legalidad de su actuación, independientemente si es el competente o no para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, en ese sentido se declarará no probada la excepción propuesta.

4.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el sub lite se encuentran demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes:

- A través de Resolución No. 0598 del 16 de noviembre de 2005, el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio - FOMAG, le reconoció al accionante pensión de jubilación, en cuantía de $644.947.oo efectiva a partir del 17 de mayo de 2005.

- El 04 de abril de 2017, el actor solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, el reintegro de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Pues bien, aplicando los parámetros normativos y criterios jurisprudenciales expresados en precedencia, el acto ficto acusado, no adolece de ilegalidad alguna, pues tales deducciones están encaminadas a la sostenibilidad de un servicio público obligatorio, que además de esencial, se desarrolla con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación como es la salud.

Adviértase, que dado el régimen especial que ostentan los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y como quiera que dicho marco legal establece la procedencia de descuentos respecto a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado, con destino al sistema en salud, no le asiste razón a la parte accionante pretender tal devolución bajo la invocación de ciertas normas del régimen de prima media, que no le resultan aplicables.

Corolario de lo anterior, a pesar de que el demandante pertenezca a un régimen pensional al que no se le aplica la Ley 100 de 1993, pues se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene el deber de cotizar sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, en un porcentaje del 12%, como en efecto, lo establece el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

En conclusión, acogiendo este criterio, se concluye que no sólo existen reglas de orden legal, sino principios y reglas de orden constitucional que imponen la contribución al sistema de salud por parte de los beneficiarios de la pensión vitalicia de jubilación, como

se ha dejado expuesto, por lo que no es procedente realizar la devolución de dichos descuentos y por ende las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

4.6. Condena en Costas

Finalmente, el Juzgado no condenará en costas, en razón que la parte vencida no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a ello, tal como el haber incurrido en temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, en dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Sexto (06) Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla,** 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 el Departamento del Atlántico, por las razones expuestas en la motiva.

SEGUNDO: NEGAR, conforme a la parte motiva de esta sentencia, todas las pretensiones de la demanda de la referencia.

TERCERO: Sin en costas en esta instancia.

CUARTO: NOTIFICAR personalmente esta providencia a las partes y a la señora Procuradora, agente del Ministerio Público delegada para este Despacho.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Juez

L.P.M

Firmado Por:

Lilia Yaneth Alvarez Quiroz
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Contencioso 006 Administrativa
Barranquilla - Atlantico

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: **48139c6fe8107fa3a3fd77bd649d1c91de3aa62fa92c0608146c239ba7a9b4d9**
Documento generado en 30/06/2022 06:55:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica