



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JOSE ARCELIANO MOSQUERA Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO

RADICADO: 20-001-33-33-005-2018-00111-01

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del extremo demandante en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 7 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: declarar probada la excepción de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, en consecuencia:
NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: en firme esta providencia, archívese el expediente”¹.

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por los demandantes a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así²:

Expresa el apoderado de los demandantes que estos son pensionados en virtud de resolución No. 177 del 05/05/2004, 460 del 21/09/2004 y 632 del 26/12/2007, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Indica que a pesar que el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, estableció que el aporte que debe realizar el pensionado es del 5%, desde la expedición de la Ley 812 de 2003, la entidad demandada viene realizándole descuentos del 12% y 12.5% del valor de la pensión como aporte a la financiación del fondo prestacional del magisterio, lo cual estima ilegal.

¹ Folio 116 del expediente.

² Folio 41 del expediente

Finalmente, afirma que la resolución que reconoció la pensión, trae consigo dichos descuentos, los cuales desconocen el régimen especial que le aplica a los docentes, el cual prescribe un aporte del 5%.

Ello, en esencia, inspiró la demanda de la actora.

2.2.- PRETENSIONES.-

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

“DECLARACIONES:

1. que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, proveniente de la configuración del silencio administrativo negativo configurado frente a la petición presentada el 21 de marzo de 2017, mediante el cual la entidad demandada LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO negó la suspensión y reintegro de los descuentos en salud (...).

2. Que se declare la nulidad del OFICIO 20170161225601 del 03 de octubre de 2017, notificado el 9 de octubre de esa misma anualidad, suscrito por la DIRECCION DE AFILIACIONES y RECAUDO- VICEPRESIDENCIA FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (...)³.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

3.1- SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (5°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 7 de marzo de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“(...) que según reporte del pago de la actora, visible a folio 30 del expediente, correspondiente a la mesada pagada por concepto del periodo liquidado en junio de 2016, se observa que, en ese lapso, se descontaron valores por concepto de aportes en seguridad social en salud del 12.5% sobre las mesadas ordinarias y adicionales

Del análisis de las probanzas allegadas al expediente, así como de la normatividad que regula los descuentos por concepto de aportes en seguridad social en salud de las mesadas pensionales adicionales de los meses de junio y diciembre, considera el despacho que no encuentra razones para acceder a las pretensiones de los demandantes JOSE ARCELIANO MOSQUERA, ALVARO JESUS JIMENEZ Y JORGE RAMOS PAEZ quienes se encuentran excluidos de la aplicación del régimen general de seguridad social integral de la ley 100 de 1993, por ostentar la calidad de pensionados (...)⁴.

³ Folio 40 y 41 del expediente.

⁴ Folio 115 del expediente.

3.2.- SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN⁵

En síntesis, el apoderado de la parte demandante estima que no se atendió su petición en tanto lo solicitado por esta no era el reintegro del 12% descontando, sino del monto que excediera el 5% que él es que autoriza la Ley.

Luego de hacer un exhaustivo recuento normativo y de posiciones adoptadas por el H. Consejo de Estado, precisó que la pensión de la parte demandante se encuentra cobijada por un régimen especial que no contempla esa clase de descuentos, por lo que no le es aplicable lo dispuesto en la Ley 100 o la Ley 812 en tanto ellas no son norma de aplicación de todos los regímenes especiales de pensión.

Finalmente, insta a la Sala a dar aplicación al principio de la *norma mas favorable*, advierte que la Ley especial resulta mucho más beneficiosa para los intereses de los actores que la Ley general.

3.3.- ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 16 de mayo de 2019⁶, se admitió el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

Por auto del 6 de junio de 2019, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁷.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Sr. Agente del Ministerio Público adscrito ante este Despacho Judicial no rindió concepto dentro del presente asunto.

V.- CONSIDERACIONES.-

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 7 de marzo de 2019.

5.1.- COMPETENCIA.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, contra la sentencia fechada del 7 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

5.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo Oral de Valledupar, debe ser revocada la decisión adoptada por esta Sala, de acuerdo con los argumentos expuestos por la parte demandante en el sentido que no resultan procedentes los

⁵ Folio 111 a 119 del expediente

⁶ Folio 170 del expediente.

⁷ Folio 173 del expediente

descuentos del 12% en salud a la pensión de la parte actora, dado que se encuentra cobijada por un régimen especial.

De comprobarse su afirmación, será lo procedente revocar la decisión adoptada en primera instancia y ordenar las devoluciones de dichos saldos.

De lo contrario, se confirmará el fallo con la consecuente desestimación de las pretensiones.

5.3.- PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tienen como hechos probados los siguientes:

Los señores JOSE ARCELIANO MOSQUERA⁸, ALVARO JESUS JIMENEZ⁹ y JORGE RAMOS PAEZ¹⁰ estuvieron vinculados al servicio de docencia y se hicieron acreedores de una pensión de jubilación reconocida a su favor por medio de las resoluciones ya referenciadas.

En dichos actos, se ordena hacer descuentos del 12.5% a cada mesada pensional por concepto de la prestación del servicio médico asistencial, porcentaje con el que la parte actora se muestra en desacuerdo, argumentando que le cobija un régimen especial.

5.4.- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECURRIDA A LA LUZ DE LOS CARGOS EXPUESTOS POR LA PARTE DEMANDANTE

En el caso planteado, en esencia, la parte actora persigue la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo por medio del cual se le reconoció la pensión de invalidez, en lo relacionado con el porcentaje de descuento por servicios asistenciales en salud, al estimar que solo debería ser del 5% y no del 12%, dado que goza de un régimen especial.

Para resolver, la Sala entiende conducente realizar el siguiente análisis:

5.5.- MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

SOBRE LA MESADA ADICIONAL DE JUNIO

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispone en relación con la mesada adicional de junio:

"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 10 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

"2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegasen a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de

⁸Folio 19 al 21 del expediente

⁹Folio 24 y 25 del expediente

¹⁰Folio 28 y 29 del expediente

jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional".

De la norma transcrita se infieren dos situaciones diferentes teniendo en cuenta la fecha de ingreso al servicio público educativo oficial: i) si se produjo el 31 de diciembre de 1980 o antes, el personal que cumpliera con los requisitos respectivos tendría derecho a una pensión gracia compatible con la pensión de jubilación ordinaria y, ii) si lo fue después del 1º de enero de 1981, los docentes tendrán derecho sólo una pensión de jubilación reconocida bajo el régimen de los demás empleados públicos nacionales, con un beneficio adicional consistente en una prima de medio año equivalente a una mesada pensional de más.

Posteriormente, el inciso 4º del artículo 6º de la Ley 60 de 1993¹¹, se refirió al tema prestacional de los docentes, así:

"(...) el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial".

Por su parte, la Ley 115 de 1994, o Ley General de Educación, ratificó en su artículo 115 que "el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley".

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral del que hace parte el sistema general de pensiones, previendo la mesada adicional de junio, en su artículo 142, así:

ARTÍCULO 142. Mesada adicional para actuales pensionados. <Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> 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, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) 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."

A su turno, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de su aplicación a algunos sectores de pensionados, entre ellos los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (inciso 2), así:

¹¹ Derogada por la Ley 715 del 2001, artículo 13. "Vigencia y derogatorias. La presente Ley rige a partir de la fecha de su sanción y deroga la Ley 60 de 1993..."

"EXCEPCIONES

(...)

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida".

Tal y como se encontraba redactado el citado artículo, se tornaba discriminatorio en cuanto impedía el reconocimiento de la mesada adicional de junio al sector de pensionados que se encontraban cobijados por el régimen de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993, y que no gozaban de tal prestación por no haber sido contemplada en las leyes especiales que les gobernaban.

Fue por ello que el legislador, posteriormente, y teniendo como antecedente la sentencia C- 409-94 de la Corte Constitucional, a través de la Ley 238 de 1995, hizo extensiva la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de docentes de los regímenes exceptuados de la aplicación del régimen general de pensiones, sin que ello significare modificar esos regímenes, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

"Párrafo 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".

A modo ilustrativo, se trae a colación el análisis que al respecto hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹²:

"Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

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".

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de

¹² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 22 de noviembre de 2007. radicación No .1.857. 22 de noviembre de 2007. CP. Enrique José Arboleda Perdomo.

pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993; en rigor, la Ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio".

Bajo ese entendido a partir de la adición introducida por la Ley 238 de 1995, todos los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho a una mesada adicional pagada en el mes de junio, pero ello no significa que se hubiere modificado su régimen especial, mucho menos que hubieren sido incorporados al Sistema de Seguridad Social Integral, por lo tanto, las disposiciones del régimen excepcional quedaron incólumes y siguen siendo de obligatorio cumplimiento.

SOBRE LA MESADA ADICIONAL DE DICIEMBRE

En cuanto a la mesada adicional de diciembre, no fue consagrada por una disposición especial de manera diferente o exclusiva en favor de los docentes, sino que se trata de una prerrogativa de la que gozan los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado, que tuvo como origen la Ley 4a de 1976, de la siguiente manera:

"Artículo 5° Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite 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".

La anterior disposición fue reproducida por la Ley 100 de 1993, en su artículo 50, así:

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

SOBRE LOS DESCUENTOS POR CONCEPTO DE SALUD EN LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Los docentes no gozan propiamente de un régimen pensional especial que les otorgue determinadas prerrogativas en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, pues a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación, pero sí de un régimen especial respecto de la administración y pago de las pensiones y de la administración y prestación del servicio médico de salud, conforme lo dispone la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, para efectos de dilucidar si la entidad demandada está facultada legalmente para efectuar descuentos a las mesadas adicionales de junio y diciembre, debe en primer término señalarse, que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son rentas parafiscales, debido a que son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destina para su beneficio y, conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio de salud. El diseño General de Seguridad Social en Salud define en forma específica los destinatarios, los beneficiarios y los servicios que cubre el Plan Obligatorio de Salud, es decir, todos elementos constitutivos de renta parafiscal¹³.

Es importante precisar que: i) la contribución parafiscal en salud ha sido establecida a cargo de todos los pensionados desde el artículo 2º de la Ley 4º de 1966¹⁴, el artículo 90 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969¹⁵, los artículos 7¹⁶ y 16¹⁷ de la Ley 4º de 1976, y con la Ley 91 de 1989 y, ii) todos los docentes pasaron a ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, entidad que tenía a su cargo la administración del servicio médico, por ende, dicha entidad se encontraba autorizada para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara como aporte para salud, inclusive, de las mesadas adicionales sin importar su naturaleza, tal como lo dejó establecido en el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989 que prevé:

"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 (...)"

Posteriormente, el inciso 2º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en esa presente ley, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

Por su parte, el parágrafo del artículo 1º 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, dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre las mesadas adicionales de que tratan los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, en los incisos 3º y 4º del artículo 81 la Ley 812 de 2003, vigente a partir del 27 de junio de 2003, se dispuso:

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C- 821 de 2001. "En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional. Sentencia C- 577 de diciembre 4 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Dice la providencia: "Una interpretación sistemática de la Carta lleva a la Corte a señalar que la cotización de seguridad social en salud es una contribución parafiscal de aquellas reguladas por lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 338 de la Carta".

¹⁴ "Artículo 2".- Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma así: (...)

Parágrafo.- Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional.

¹⁵ "Art. 90... Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se reitere este artículo, suma que se descornará de cada mesada pensional".

¹⁶ Artículo 7'. "Los pensionados del sector público, oficial semioficial y privado, así como los familiares que dependan económicamente de ellos de acuerdo con la ley, según lo determinen los reglamentos de las entidades obligadas tendrán derecho a disfrutar de los servicios médico, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento que las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre los aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios."

¹⁷ "Artículo 16. A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empicados... contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:

1. Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.
2. Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria..."

"(...) Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones (...)"

De otro lado, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que "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".

El inciso 4º del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, bajo las siguientes consideraciones:

"(...) 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".

De acuerdo con lo expuesto, fuerza concluir que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de la cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993¹⁸, posteriormente, con las modificaciones introducidas por el artículo 10 de la Ley 1122 de 9 de enero de 2007¹⁹ se estableció que la cotización al

¹⁸ "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".

¹⁹ "Artículo 10. Modifícase el inciso 1º 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 (1º) de enero del año 2007, del 12.5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario

Régimen Contributivo de Salud será, a partir del 1º 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 1º de la Ley 1250 de 2008²⁰, es del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Aclara la Sala que, sólo 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 1º del Acto Legislativo 01 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.

En ese sentido, 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 1º 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 1º del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002. 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 1º 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

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)

²⁰ Artículo 1. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así: "**Artículo 204. Monto y distribución (le las cotizaciones (...)**

"La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional". la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008". El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C%30 de 2009.

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 5o 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 (...)"

De la normativa transcrita 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 consideración".

Se infiere entonces que la Ley 91 de 1989, es una norma especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados conforme lo estableció el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003, que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993, a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general, y obedece a la libre configuración legislativa.

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 1º, 48, 49 y numeral 2º 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 reflejado en su jurisprudencia el papel preponderante del principio de solidaridad, que en nuestro sistema actual adquiere mayor relevancia, en estos términos:

"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".

Por consiguiente, el principio de solidaridad sustenta el Sistema de Seguridad Social prima en este caso, pues la contribución solidaria que hacen los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es obligatoria, independientemente de que dichos aportes se vean reflejados en su servicio.

5.6.- CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, los demandantes solicitan la nulidad parcial del acto ficto por medio del cual se entiende negada su solicitud de devolución de aportes; y se declare que estos no están en la obligación de hacer aportes que asciendan al 12%.

La jueza de instancia no accedió a las pretensiones de la demanda argumentando que en virtud de lo previsto en la Ley 812 de 2003, se extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993, a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero solo en relación con el incremento del porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el régimen general, más no implica que se exime o exceptúa el descuento por concepto de salud en las mesadas a todos los docentes por cuanto el mismo se encuentra expresamente regulado en la Ley 91 de 1989.

Teniendo en cuenta la situación fáctica, se tiene que la Secretaría de Educación de Valledupar, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el pago de pensiones de jubilación a los señores JOSE ARCELIANO MOSQUERA²¹, ALVARO JESUS JIMENEZ²² y JORGE RAMOS PAEZ²³ quienes estuvieron vinculados al servicio de docencia, ordenando el descuento en cada mesada pensional para efectos de la prestación del servicio médico asistencial del 12,5%²⁴.

Conforme quedó consignado en el marco normativo y jurisprudencial, para la Sala es viable el descuento por salud sobre las mesadas adicionales, en tanto se debe dar aplicación a la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos.

Así mismo, concluye la Sala, que la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1973 de 2002, hace referencia a los descuentos que tienen que ver con créditos o deudas a cargo de los pensionados, más no a aquellos aportes obligatorios al Sistema de Seguridad Social en salud.

En atención a las precedentes consideraciones, estima la Sala que no le asiste derecho a la parte actora en reclamar la devolución del equivalente al porcentaje deducido sobre la pensión por aportes en salud, y por tanto, ha de ser confirmada la decisión adoptada por el Despacho de instancia que negó las pretensiones de la demanda.

²¹Folio 19 al 21 del expediente

²² Folio 24 y 25 del expediente

²³ Folio 28 y 29 del expediente

²⁴ Artículo 3 de la resolución en comento.

6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

De otra parte, no habrá condena en costas habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8° del artículo 365 del CGP²⁵, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA²⁶.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”²⁷.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de siete (7) marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

TERCERO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 106.

OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO

DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA

CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

²⁵ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

²⁶ Art. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez