

	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali	Dios (02) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

SENTENCIA No. 050

ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ANA LUCIA CARMONA RODRÍGUEZ
ACCIONADA	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG Y OTROS.
RADICADO	76001-33-33-009-2014-00205-00

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA Y SUS ALEGATOS

1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:

La señora **Ana Lucia Carmona Rodríguez**, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.234.057 de Cali, a través de apoderado judicial, interpone el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Valle del Cauca**, con el fin de que se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo surgido por el silencio de la Administración con relación a la petición elevada el 7 de septiembre de 2011.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del Derecho, solicita se condene a la entidad demandada a, devolver los dineros que bajo el rotulo de E.P.S., le han sido descontados de las mesadas adicionales de junio y diciembre de su pensión de invalidez, equivalentes al 12% de las mesadas adicionales de los años 2003, 2004 y 2005 y del 12,5% de las mesadas correspondientes al año 2007 en adelante.

Así mismo, solicita se ordene a la entidad accionada, no continuar realizando los descuentos por concepto de aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre que recibe con la pensión de invalidez.

Igualmente, pretende que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A y, al pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Como fundamentos facticos, expuso que el acto administrativo acusado está viciado de nulidad y vulnera la normatividad que regula el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de invalidez de los docentes y el régimen especial que enmarca este tipo de prestaciones, toda vez que las mesadas adicionales siempre han estado exentas de cualquier descuento de acuerdo con lo dispuesto en la ley, no obstante, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aplicó en forma ilegítima los descuentos del 12% y 12.5% por concepto de aportes por salud de las mesadas adicionales, contrariando lo

establecido en el régimen común de seguridad social en salud, ya que el sistema sólo autoriza el descuento en las mesadas ordinarias, como lo precisan el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, artículo 2º del Decreto 2341 de 2003, artículos 143 y 204 de la Ley 100 de 1993 y artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Indicó que el Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, preceptúa que las entidades pagadoras de pensiones efectuarán el reajuste establecido por la diferencia entre la cotización que venían pagando los pensionados y la nueva cotización, sin sobrepasar el 12%.

Concluyó manifestando que para el efecto de liquidación de una pensión de invalidez a un docente vinculado al Magisterio debe aplicarse la normatividad legal que de ninguna manera desmejore o cause un detrimento sobre la mesada a pagar al pensionado.

1.2 Alegatos de conclusión:

En sus alegatos de conclusión, presentados mediante escrito radicado el 03 de febrero de 2016¹, reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Así mismo, trajo a colación la posición del Juzgado Catorce administrativo de Cali de acceder a las pretensiones de la demanda en casos como el aquí estudiado, la cual se sustenta en un concepto emitido el 11 de marzo de 2010, por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Finalmente, manifestó que los descuentos por salud correspondientes al 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre, no pueden efectuarse por expresa prohibición de la Ley 100 de 1993.

2. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

2.1. Contestación de la demanda:

La entidad accionada, a través de apoderado judicial, contestó oportunamente la demanda², oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que, de conformidad con lo previsto en el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, el aporte del pensionado por concepto de salud debe operar respecto de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, en favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

A su juicio, la cotización por salud debe descontarse también de las mesadas de junio y diciembre, toda vez que los docentes se encuentran adscritos a un régimen especial de seguridad social, y no pueden reclamar la aplicación de derechos y garantías previstos en el régimen común, pues el primero de ellos es superior a este último.

Añade a lo anterior, 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, cuyo servicio prestado es cancelado con los recursos de la cuenta del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en ese orden de ideas, se está en presencia de un sistema de salud totalmente diferente y excepcional al regulado en la Ley 100 de 1993, constituyendo esta una razón

¹ Folios 177 a 182.

² Folios 99 a 104.

fundamental para que no pueda aplicarse normas de carácter general en el presente caso, en principio, más benéficas, pues se estaría creando una tercera Ley, y con ello modificando el espíritu del régimen excepcional.

Finalmente, propone como excepciones las denominadas: *"falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley, causación de la seguridad social y prescripción"*.

2.2. Alegatos de conclusión:

De conformidad con la constancia secretarial que obra a folio 183 del expediente, la entidad accionada guardó silencio dentro del término otorgado para alegar de conclusión.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. De los presupuestos procesales:

El Despacho no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado pues, una vez admitida la demanda, notificada la misma y surtido el traslado para su contestación, se llevó a cabo la audiencia inicial en la forma señalada en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011³, en la que, además de fijar el litigio, se decretaron las pruebas, siendo éstas recaudadas conforme lo dispone el artículo 181 de la misma norma.

En virtud de lo anterior, se declaró cerrada la etapa probatoria y de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se prescindió de la audiencia de Alegaciones y Juzgamiento y se dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión por el término común de diez (10) días⁴. El audio y video de las audiencias realizadas por el Despacho, se encuentran grabados conforme el artículo 183 ibídem.

3.2. Problema jurídico planteado:

El problema jurídico se contrae a determinar si, son procedente o no los descuentos que por aportes en salud se le han realizado a la demandante como pensionada, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Con base en los supuestos fácticos establecidos, para efectos de desatar la controversia, se estudiará la normatividad respectiva y posteriormente se analizará el caso concreto.

3.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso:

De acuerdo con el artículo 203 de la Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", serán afiliados obligatorios al régimen contributivo, los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 ibídem, esto es, las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los

³ Folios 117 a 119.

⁴ Folios 174 a 175.

pensionados y jubilados, así como los trabajadores independientes con capacidad de pago⁵.

Por su parte, el artículo 204 *ibídem*, sobre el monto y distribución de las cotizaciones al régimen contributivo de salud, estableció un porcentaje equivalente al 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional; no obstante, dicha disposición fue modificada por el artículo 10º de la Ley 1122 de 2007, aumentando a partir del 1º de enero de 2007 el ingreso o base de cotización al 12.5%, el cual, finalmente volvió a fijarse en el porcentaje establecido inicialmente, esto es en el 12%, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008.

Por otro lado, se tiene que el párrafo del artículo 1º del Decreto 1073 de 2002, *"Por el cual se reglamenta las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media"*, prescribió que: *"De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993⁶, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la (sic) mesadas adicionales"*.

Al efectuar un análisis de la norma en cita, el Honorable Consejo de Estado resolvió declarar su nulidad parcial al considerar que, la prohibición de realizar descuentos sólo es procedente frente a la mesada adicional prevista en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, esto es, sobre la mesada adicional del mes de diciembre⁷.

Ahora bien, en atención a que la demandante adquirió el status de pensionada al haber prestado sus servicios como educadora, es importante indicar que, al expedir el régimen general de seguridad social (Ley 100 de 1993), el Legislador excluyó de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁸, el cual, valga la pena decir, fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística; cuyo objeto es asumir las obligaciones salariales y garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de los docentes afiliados (nacionales, nacionalizados y territoriales).

Así las cosas, se tiene que el numeral 5º del artículo 8º de la norma en cita dispuso que, los recursos del fondo se nutrirán -entre otros ingresos- del *"...5% de cada mesada*

⁵ Obligación igualmente establecida en los artículos 25, 26 literal c), 52 y 65 del Decreto No. 806 del 30 de abril de 1998, *"Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional"*.

⁶ Los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 regularon las denominadas mesadas adicionales pensionales de diciembre y junio, equivalentes juntas a una mensualidad de la pensión.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Sentencia de tres (3) de febrero de dos mil cinco (2005), Radicado No. 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02), Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero (E).

⁸ Ley 100 de 1993: Artículo 279: *"El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.*

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 (...)"(Subrayas del texto original).

pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados...".

No obstante lo anterior, con la expedición de la Ley 812 de 2003, se estableció un nuevo régimen prestacional para los docentes oficiales, dejándose incólume los preceptos establecidos al respecto en la Ley 91 de 1989 para quienes venían afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la norma en cita, esto es, el 27 de junio de 2003⁹.

En virtud de lo anterior, se tiene que el inciso 4º del artículo 81 de la Ley 812 del 2003 prescribió que la cotización para salud por parte de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones 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"** (Negrillas del Despacho).

A partir del precepto señalado, es claro que los docentes vinculados al Fondo Nacional de prestaciones sociales después de la entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, deben cancelar la cotización prevista en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, la cual corresponde al 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, situación que no afecta a quienes venían vinculados con anterioridad, ya que su régimen prestacional continuará sujeto a las disposiciones de la Ley 91 de 1989, la cual fijó un descuento para cotización en salud del 5%, tal como lo dispuso el legislador, lo confirmó el máximo Tribunal Constitucional al estudiar la norma en mención¹⁰ y lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto emitido el 11 de marzo de 2010¹¹.

Así mismo, es del caso precisar que si bien el artículo 81 de la Ley 812 del 2003 permitió la aplicación de los preceptos establecidos en la Ley 100 de 1993, en lo que respecta al monto de cotización para aportes en salud, lo cierto es que nada advirtió frente al descuento que por dicho concepto debe efectuarse sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre; permitiendo con ello concluir que, tales deducciones son procedentes,

⁹ Tal como se desprende del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y del párrafo transitorio del Acto Legislativo 001 de 2005, el cual dispone lo siguiente: *"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003"*.

¹⁰ Sentencia C-369 de 2004: *"... conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 11 de marzo de 2010, Radicación No. 11001-03-06-000-2010-00009-00 (1.988), Consejero ponente: Dr. William Zambrano Cetina.

de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989¹².

Respecto al tema, el Honorable 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:

*"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"*¹³.

3.4.- Análisis del caso en concreto:

En el *sub júdice*, se encuentra acreditado que la señora **Ana Lucia Carmona Rodríguez**, se desempeñó como docente nacionalizada, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que le reconoció pensión de invalidez mediante la Resolución No. 128 del 06 de enero de 2004, en cuantía de \$ 1.703.912, efectiva a partir del 01 de agosto de 2003¹⁴.

Esto significa que, su vinculación como docente al servicio educativo oficial se dio antes del 27 de junio de 2003, fecha en la cual entró a regir la Ley 812 de 2003, es decir, que los descuentos por concepto de salud deben efectuarse en los términos de la Ley 91 de 1989.

Así las cosas, se tiene que en las mesadas adicionales de junio y diciembre de los años 2004, 2005 y 2006, el descuento por concepto de salud sobre la pensión de invalidez de la demandante correspondió a un 12% y, a un 12.5% en las mesadas adicionales de los años 2007 en adelante, tal como se desprende del certificado aportado por la Directora de Afiliaciones y Recaudos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁵.

Ahora bien, tomando como marco de reflexión la normatividad y el precedente jurisprudencial previamente anotado, es claro para esta operadora judicial que en tratándose de un docente pensionado, es procedente el descuento por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, donde se estableció un descuento del 5% sobre cada mesada pensional, incluidas las adicionales, pues como se advirtió en párrafos precedentes, si bien actualmente se da aplicación a la Ley 100 de 1993 y a la Ley 797 de 2003, para efectos de determinar la suma de aportes para la salud, lo cierto es que, esta situación no implica la inclusión del docente pensionado al régimen general de pensiones.

¹² Norma que en conjunto con la Ley 812 de 2003 reglamentan el régimen prestacional de los docentes oficiales.

¹³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 15 de noviembre de 2012, Radicación número: 11001-03-15-000-2012-001286-00. Consejero Ponente Dr. William Giraldo Giraldo.

¹⁴ Folios 5 a 7.

¹⁵ Folios 141 a 146.

Como corolario de lo anterior, y dado el régimen especial que ostentan los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, este Estrado Judicial procederá a negar las súplicas de la demanda, pues como bien se ha indicado a lo largo de esta providencia, el reintegro o devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre que devenga la demandante no resulta procedente.

3.5.- De las costas y agencias en derecho:

A diferencia del anterior Código, la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagró un criterio objetivo, respecto de la condena en costas, esto significa que habrá de condenarse a la "*parte vencida en el proceso*" a su pago y, su liquidación y ejecución, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan esta materia.

De acuerdo con lo expuesto y los antecedentes del presente medio de control, se ordenará el pago de las costas a la parte demandante y a favor de la parte demandada, conforme lo faculta el artículo 365, numeral 5 del Código General del Proceso.

Respecto a las denominadas agencias en derecho, su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2522 del 10 de diciembre de 2003).

Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, la fijación de las agencias en derecho se encuentran determinadas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia con cuantía, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, la fijación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

A partir de lo anterior, y teniendo en cuenta que se surtieron todas las etapas procesales sin observar actuaciones dilatorias por la parte demandante, el juzgado fija como agencias en derecho a favor de la parte demandada, la suma de \$ 100.000,00.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor del demandado, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación de costas por intermedio de la secretaría, siguiendo las pautas establecidas en el art. 366 del C.G.P., **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MIRFELLY ROCIO VELANDIA BERMEO
Juez