



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

COPIA



SIGCMA

## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DONALDO ARCON CERVANTES Y OTROS  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
RADICADO: 20-001-33-33-005-2017-00248-01  
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

### I. ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 20 de febrero de 2019, por medio de la cual se negó a las pretensiones de la demanda.

### II. ANTECEDENTES.-

#### 2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Manifestó la apoderada de los señores DONALDO ARCÓN CERVANTES, WILSON RAFEL GARCÉS CANTILLO y MIRIAM ESTER DIAZ BARRIOS, que a éstos por reunir los requisitos establecidos les fue otorgada una pensión de jubilación, pero en las mesadas de junio y diciembre, se les ha estado descontando el 12% para salud.

Narró, que en virtud de lo anterior, el día 19 de diciembre de 2016 solicitó a la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, la suspensión y devolución de los dineros descontados por las mesadas en cita, sin embargo la entidad mediante Oficio OFPSM – 0006 de fecha 10 de enero de 2017 negó la solicitud, siendo aclarado mediante Oficio OFPSM 110 del 6 de marzo de 2017.

Sostuvo, que al hacerse descuentos a las mesadas adicionales de junio y diciembre, se está efectuando un doble descuento y que según la Ley 812 de 2003, se derogó el descuento del 5% en las mesadas adicionales por cuanto al remitir la cotización de los docentes a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, éstos no contemplan descuentos en salud para mesadas adicionales.

## 2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad total del Oficio OFPSM-0006 de fecha 10 de enero de 2017, proferido por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar por medio del cual se niega el reintegro y suspensión de los descuentos en salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre a los actores.

Que se declare la nulidad total del Oficio OFPSM-0110 de fecha 6 de marzo de 2017, por medio del cual el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, se aclaró el oficio anterior.

Que se declare que a los demandantes no se les puede efectuar descuentos por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud sobre las mesadas pensionales adicionales.

Que como consecuencia de lo anterior, se condene a las entidades demandadas a suspender y reintegrar el valor de los descuentos realizados sobre la mesada pensional por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, con retroactividad desde cuando los actores adquirieron el derecho a la pensión.

Así mismo solicitan, que se pague la indexación o corrección monetaria sobre las sumas adeudadas de conformidad con lo señalado en el artículo 192 del CPACA, así como los intereses moratorios y que a la sentencia se le dé cumplimiento conforme lo dispone los artículos 189 y 192 del CPACA.

## III. TRÁMITE PROCESAL.-

### 3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La entidad demandada contestó la demanda señalando que las pretensiones no eran procedentes, como quiera que los descuentos son realizados conforme a las normas pertinentes, según las cuales, el valor total de la tasa de cotización para los docentes afiliados al FOMAG, para aportes en salud y pensión es el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir, del 12%.

Señaló, que la cotización del 12% en salud de los pensionados, rige a partir del 27 de noviembre de 2008, fecha de publicación de la Ley 1250 de 2008, por lo tanto, las entidades reconocedoras y pagadoras de pensiones deberán aplicar ese porcentaje a partir de la mesada pensional del mes de diciembre de 2008.

Precisó, que la razón por la cual se realiza el descuento de casa mesada pensional de la pensión de los demandantes, es por la existencia de la Ley 6 de 1945, la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985.

Propuso como excepciones: *"Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, buena fe y genérica"*

## IV. PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar en audiencia inicial de fecha 20 de febrero de 2019, negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso y en consideración a las pruebas allegadas al proceso, consideró el *a quo*, que no existía razón para ordenar los descuentos de los demandantes quienes se encuentran excluidos de la aplicación del régimen de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, por ostentar la calidad de pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto, no tienen derecho a la devolución, al estar esos descuentos autorizados por el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

#### V. RECURSO INTERPUESTO.-

La apoderada de la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, con el objeto de que sea revocada, y en su lugar se ordene la devolución de la totalidad de las sumas de dinero que han sido descontadas por aportes de salud de las mesadas adicionales y se ordene no seguir descontando hacia el futuro.

Indica, que lo esbozado por el despacho no es admisible, por cuanto al realizar descuentos a mesadas adicionales se estaría efectuando un doble descuento no autorizado legalmente, como quiera que la Ley 812 de 2003 derogó el descuento del 5% en tales mesadas, por cuanto al remitir la cotización de los docentes a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tales normas no contemplan dichos descuentos para salud en las mesadas adicionales.

Sostiene, que 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.

Indica, que se debe aplicar el principio de la norma más favorable de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, providencia que transcribe.

De otro lado, luego de realizar un resumen de las normas aplicables al caso, sostiene que por disposición de la Ley 100 de 1993 los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, continuaron recibiendo la mesada adicional del mes de diciembre, y, sólo a partir de 1994, la mesada adicional del mes de junio, por lo que considera que al hacerse extensivo a los docentes las disposiciones de la Ley 100 de 1993, también se les debe hacer extensivo lo que dicha normativa tiene regulado, sobre la no procedencia de los descuentos sobre las mesadas adicionales.

Finalmente, establece que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad, por ende no se puede escoger entre las posibles normas que pueden dirimir el conflicto aquellas que son menos beneficiosas al trabajador, menos aun cuando la conducta de la demandada al hacer los descuentos, no atendió la prohibición estipulada en el Decreto 1073 de 2002, reglamentario de las Leyes 71 de 79 de 1988.

## VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

Las partes presentaron sus alegaciones finales reiterando los argumentos expuestos en todo el discurrir procesal.

## VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial II para Asuntos Administrativos no emitió concepto de fondo.

## VIII. CONSIDERACIONES.-

### 8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

### 8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El presente asunto se contrae a establecer si resulta procedente o no la devolución de los descuentos de seguridad social por concepto de salud, aplicados a las mesadas adicionales de las pensiones de jubilación que les fue reconocida a los demandantes, por ser docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

### 8.3.- CUESTIÓN PREVIA.-

Antes de resolver el problema jurídico planteado, se debe señalar, que si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces emitir los fallos en el orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin, también lo es que en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos, por solicitud del Ministerio Público dada su importancia jurídica y trascendencia social, o cuando el asunto a debatir sea de aquellos que ya han tenido pronunciamiento similares, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión del 25 de abril de 2013<sup>1</sup>, tal como es el caso que nos ocupa.

### 8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

Así las cosas, respecto a las normas que se refieren a las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que mediante el Decreto 1073 de 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, y se regulan aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales.

Ahora bien, este artículo fue declarado nulo parcialmente por el Consejo de Estado, en la sentencia de fecha 3 de febrero de 2005, y se dispuso sólo respecto

---

<sup>1</sup> Acta No. 010.

a la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, es decir, se abrió la posibilidad de efectuar tales descuentos sobre la mesada de junio, a todos los docentes pensionados.

Así mismo, la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social y se dictan otras disposiciones, en el artículo 50 dispuso, que 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.

Por su parte, la Ley 4a de 1976, prescribió que a los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y similares, no se les podía descontar de la mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% a que se refiere el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, es decir el aporte en salud; prohibición que también se encuentra consagrada en el Concepto del 16 de diciembre de 1997, radicado 1064 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

El anterior recuento normativo y jurisprudencial permitiría concluir que a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se les debe descontar de las mesadas adicionales de junio y diciembre el 12% con destino al pago de la cotización para salud; sin embargo, si se analiza con detenimiento la situación de dichos docentes hay que llegar a una conclusión distinta, dado que ellos pertenecen a un régimen especial exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993.

#### 8.5.- CASO CONCRETO.-

En efecto, en el presente asunto está demostrado que los señores DONALDO ARCÓN CERVANTES, WILSON RAFAEL GARCÉS CANTILLO y MIRIAM ESTHER DÍAZ BARRIOS, son pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resoluciones Nos. 0020 del 28 de enero de 2009, 0558 del 14 de diciembre de 2009 y 0055 del 18 de febrero de 2008, respectivamente, y, que en dichos actos administrativos se dispuso el descuento del 12.5% y 12% de cada mesada pensional por aportes en salud. (Folios 17 a 25)

De igual forma se demostró, que mediante Oficios OFPSM-0006 y OFPSM-0110 del 10 de enero y 6 de marzo de 2017, respectivamente, la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar negó la suspensión y devolución de los descuentos en salud para las mesadas adicionales de junio y diciembre a cada uno de los actores. (Folios 27 a 34)

Y, finalmente, fueron aportados extractos de pagos de mesadas de cada uno de los demandantes. (Folios 19, 23 y 26)

En ese orden de ideas, en el asunto de marras está acreditado que los demandantes ostentan la calidad de pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, las personas que se encuentren afiliadas a este fondo, están excluidos de la aplicación del régimen general de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, en tal sentido, se crea un régimen especial, cuyas disposiciones se encuentran ratificadas por el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por el parágrafo transitorio 1° del acto legislativo 001 de 2005.

Ahora bien, en los términos de la disposición anterior, se observa que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, era la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que dispuso como aporte de los pensionados el 5%.

Este artículo fue posteriormente modificado por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en lo concerniente a la tasa de cotización, dejando vigente el resto de su contenido.

Se advierte, que el artículo en cita, fue reglamentado parcialmente por el Decreto 2341 de 2003, el cual en su artículo 1° estableció que la tasa de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponde a la suma de aportes para la salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, disposición que no puede ser interpretada como una inclusión del docente pensionado al régimen general de pensiones.

Ahora, en cuanto a la aplicación del Decreto 1073 de 2002, mediante el cual se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, la Sala encuentra que el mismo decreto reglamentó las Leyes 71 y 79 de 1988, y algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media; situación que no afecta bajo ningún entendido, las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989, que regula el régimen especial de las personas pensionadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De conformidad con lo anterior, tenemos que dado el régimen especial que ostentan los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que el descuento se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, el mismo es aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado con destino a la salud; por tanto, no hay lugar a ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, tal como pretenden los recurrentes.

Cabe resaltar, que la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004, estudió la constitucionalidad del inciso 4° del artículo 81 de la Ley 821 de 2003 y consideró que tal disposición de manera alguna vulneraba el derecho a la igualdad.

De conformidad con lo narrado, no podría alegarse un asunto de igualdad, para aplicar un concepto y una normatividad del régimen general al régimen especial de los docentes, pues como se anotó, de conformidad con el fallo de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad del inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 821 de 2003, los regímenes no son escindibles al arbitrio de los particulares, y menos cuando éstos son beneficiarios de un régimen especial, establecido en reivindicación de unas especiales condiciones de esos trabajadores, como son los docentes.

En consecuencia, esta Sala de Decisión guarda conformidad con lo decidido por la juez de primera instancia, respecto de la procedencia de los descuentos por salud que se les han venido realizando a los demandantes sobre las mesadas ordinarias y adicionales de las pensiones de jubilación reconocidas, razón por la cual la sentencia apelada debe ser CONFIRMADA.

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

En esta instancia no habrá condena en costas, como quiera que no se observa una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la misma.

IX. DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

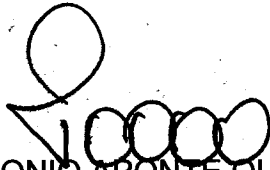
PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 20 de febrero de 2019, por medio de la cual, se negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 097, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA  
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA  
PRESIDENTE