

COPIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, seis (6) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: BEATRIZ ESTER GONZÁLEZ LASSO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICADO: 20-001-33-33-002-2017-00258-01
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 Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 21 de marzo 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 la señora BEATRIZ ESTER GONZÁLEZ LASSO, que ésta fue pensionada por la entidad demandada, por medio de Resolución No. 628 del 3 de diciembre de 2008, asumiendo el descuento y pago de deducciones de salud correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, pero desde el nacimiento del derecho e inclusión en nómina, razón por la cual se le ha venido descontando sobre la mesada adicional.

Sostiene, que la actora recibe 13 mesadas al año y sobre las mismas se le aplican los descuentos con destino a salud del 12%, cuando debería ser por 12 meses de servicios requeridos al año, lo que quiere decir que la entidad demandada efectúa descuentos en los pagos de diciembre y en las mesadas otorgadas de manera adicional en los mismos periodos, descontando así un valor correspondiente a 24% sobrepasando lo dispuesto en la ley.

Finalmente precisó, que el día 25 de octubre de 2016 solicitó ante la Secretaría de Educación de Valledupar, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizado con

destino a salud en la mesada adicional de diciembre, pero la entidad no dio respuesta de fondo a ello.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la existencia del silencio administrativo negativo en relación con el derecho de petición de fecha 25 de octubre de 2016, por medio del cual solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de la mesada adicional de diciembre.

Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto como consecuencia de lo anterior.

Como consecuencia de ello, solicita a título de restablecimiento del derecho, que se le ordene a la entidad demandada al reintegro de todos los descuentos del 12% realizados con destino a salud sobre la mesada adicional de diciembre, desde la adquisición del estatus de pensionado y hasta la suspensión de los descuentos.

De igual forma solicita, que el pago anterior sea indexado, aplicando el índice de precios al consumidor, que la sentencia se cumpla de acuerdo a lo señalado en los artículos 192 y 195 del CPACA, que se reconozcan los intereses, y, se condene en costas y agencias en derecho.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La entidad demandada no contestó la demanda.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar en audiencia inicial de fecha 21 de marzo 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 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, éste era aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado con destino a salud, por lo tanto, la demandante no tenía derecho a obtener la devolución de los descuentos efectuados bajo la aplicación de un régimen de prima media que no le era aplicable.

V.- RECURSO INTERPUESTO.-

La apoderada de la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, con el objeto de que sea revocada parcialmente, 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.

Considera, que la sentencia de primera instancia es un claro desconocimiento al principio laboral de favorabilidad, apartándose no sólo del precedente que ha venido fijando el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sino que además autoriza la aplicación de la reforma introducida por la Ley 812 de 2003, en cuanto al régimen de los docentes afiliados al Fomag, únicamente en los efectos que desfavorecen al docente pensionado, escindiendo de tal forma, que la demandante ve menguada su mesada pensional tanto por el aumento del 5 al 12%, como por los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, teniendo mayor afectación que la de los otros pensionados en Colombia.

Expresa, que la Corte Constitucional ha sido clara en señalar, que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, cancelar las cotizaciones previstas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir, en igualdad de condiciones que lo hace cualquier pensionado del régimen general, cotizando sólo el 12% en sus mesadas pensionales ordinarias y no en las adicionales de junio y diciembre.

Expone, que el a quo incurrió en error, por cuanto está negando la suspensión y devolución de los descuentos sobre las mesadas adicionales, correspondiente al 24%, sobrepasando lo dispuesto en la ley, dejando de lado la reforma constitucional de 1991 que acogió el modelo de Estado Social de Derecho.

Agrega, que 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 que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo deberán de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista en 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, éstos cancelaban una cotización menor, pues según el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, ellos deberían cancelar el 5% de su mesada como contribución a los recursos del fondo.

Finalmente, trae a colación varios pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

Sólo la entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión pero lo hizo de manera extemporánea.

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 la pensión de invalidez que le fue reconocida a la demandante, por ser docente afiliada 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 2013¹, 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 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

¹ Acta No. 010.

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 la señora BEATRIZ ESTER GONZÁLEZ LASSO, es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 0628 del 3 de diciembre de 2008, y, que en dicho acto administrativo se dispuso el descuento del 12.5% de cada mesada pensional por aportes en salud. (Folios 4 y 5)

De igual forma se demostró, que mediante reclamación administrativa de fecha 25 de octubre de 2016, la demandante solicitó a la Secretaría de Educación Municipal – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suspensión del descuento del 12% sobre las mesadas adicionales y la devolución de lo descontado desde que adquirió el estatus y hasta la fecha. (Folios 6 y 7)

Y, finalmente, fue aportado el comprobante de pago a favor de la actora. (Folio 8)

En ese orden de ideas, en el asunto de marras está acreditado que la demandante ostenta la calidad de pensionada 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 pretende el recurrente.

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 le ha venido realizando a la demandante sobre las mesadas ordinarias y adicionales de la pensión de invalidez reconocida, 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.

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 Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 21 de marzo 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.

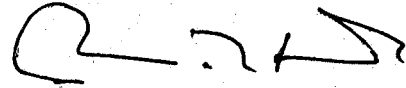
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

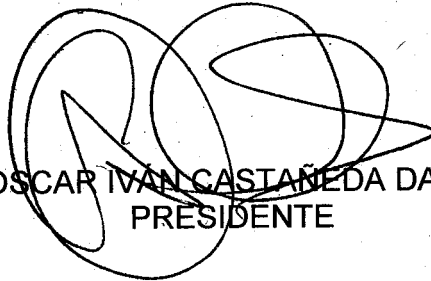
Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 106, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE