

COPIA



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia



SIGCMA

## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: DAMARYS PACHECO ÁLVAREZ

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RADICADO: 20-001-33-33-005-2018-00142-01

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 16 de mayo 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 DAMARYS PACHECO ÁLVAREZ, que ésta fue pensionada por la entidad demandada, por medio de Resolución No. 0106 del 19 de marzo de 2014, y, que desde la expedición de la Ley 812 de 2003, se le viene descontado como aporte a la financiación del Fondo Prestacional del Magisterio, la suma equivalente al 12% o 12.5% de su mesada pensional, cuando debería ser el 5% de conformidad al artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Finalmente, solicitó a la entidad demandada la devolución del dinero, agotando así la vía gubernativa, sin embargo, hubo un pronunciamiento negativo.

#### 2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0106 del 19 de marzo de 2014, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por

medio de la cual se reconoció la pensión de invalidez a la demandante y ordenó un descuento del 12% y/o 12.5% como aporte al fondo.

Asimismo, que se declare la nulidad del acto administrativo ficto negativo configurado el día 13 de diciembre de 2017, frente al derecho de petición presentado el día 13 de septiembre del mismo año, mediante el cual la entidad demandada negó la devolución de los aportes que le fueron descontados, correspondientes al 7% sobre el valor de la pensión de invalidez de su poderdante, durante los años 2014, 2015, 2016 y 2017, además la devolución del aporte total realizado a las mesadas adicionales de la pensión.

De igual forma solicita, que se declare que la demandante sólo debió aportar a la entidad demandada, del valor de su mesada pensional, lo correspondiente al 5% y que por ningún concepto le sea descontado de sus mesadas adicionales.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se le ordene a la entidad demandada que haga la devolución de los aportes que le fueron descontados a su poderdante de su pensión ordinaria de invalidez, el cual excedió el porcentaje del 5% desde el año 2015, incluyendo el porcentaje de los aportes descontados de las mesadas adicionales, hasta la fecha de ejecutoriada de la sentencia y que a partir de ésta fecha, sólo se continúe descontando el valor de la pensión ordinaria de invalidez equivalente al 5% de conformidad al artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Finalmente, que a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, no se continúe realizando los descuentos sobre la mesada pensional de su poderdante que excedan el 5% de su valor, ni sobre las mesadas adicionales e igualmente que sea condenada en costas la entidad demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A y que a la sentencia se le dé cumplimiento de los términos del artículo 192 y subsiguientes del CPACA.

### III. TRÁMITE PROCESAL.-

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

La entidad demandada contestó la demanda de manera extemporánea.

### IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar en audiencia inicial de fecha 14 de junio 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 era legítimo que se realizaran descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados conforme a lo establecido en el numeral 5 del artículo 5 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto las precisiones de la Ley 812 de 2003, que extendieron 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, pasando del 5 al 12% establecido en el régimen general, pero no tenía 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 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.

#### 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.

Indica, que en las pretensiones de la demanda no se solicitó la devolución del 7% de los descuentos efectuados por concepto de aportes en salud respecto a las mesadas adicionales, tal como lo expresó en el problema jurídico el juez de primera instancia, además agrega que aunque los docentes fueron excluidos del sistema de seguridad social integral, es decir, que no les es aplicable la Ley 100 de 1993, también se debe tener en cuenta que la Ley 812 de 2003, no reguló los aportes a la tasa de cotización por concepto de mesadas adicionales, es por ello que considera que dicho vacío normativo, se integraría con normas como la Ley 43 de 1984 y el Decreto 1073 de 2002, así como en lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

A continuación realiza un recuento normativo y cita providencias emitidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de Quindío y el Consejo de Estado, con el objeto de sustentar sus afirmaciones, y finaliza diciendo, que si se considera tal descuento de la pensión legal, no puede considerarse lo mismo sobre el valor de las mesadas adicionales, como quiera que se trata de los aportes para salud que han tenido descuento desde el momento mismo en que le fue reconocida su pensión.

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

La parte actora presentó sus alegaciones finales ratificando los argumentos expuestos en el recurso de apelación incoado.

La entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión 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 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 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.

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

### 8.5.- CASO CONCRETO.-

En efecto, en el presente asunto está demostrado que la señora DAMARYS PACHECO ÁLVAREZ, es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 0106 del 19 de marzo de 2014, y, que en dicho acto administrativo se dispuso el descuento del 12% de cada mesada pensional por aportes en salud. (Folios 6 y 7)

De igual forma se demostró, que mediante reclamación administrativa de fecha 13 de septiembre de 2017, la demandante solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la devolución del 7% del valor de los descuentos realizados por concepto de salud durante los años 2013 a 2016. (Folios 3 y 4)

Y, finalmente, fue aportado el extracto de pagos de mesadas a favor de la actora. (Folio 8)

En ese orden de ideas, en el asunto de marrás 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 Quinto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 16 de mayo 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.

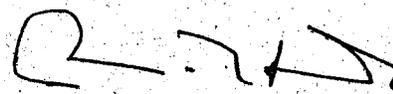
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 104, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA  
MAGISTRADO

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA  
PRESIDENTE  
(Ausente con permiso)