



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

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

**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
(SEGUNDA INSTANCIA – ORALIDAD)

**DEMANDANTE:** NANCY MARÍA MORILLO PÉREZ

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

**RADICADO:** 20-001-33-33-005-2018-00149-01

**MAGISTRADA PONENTE:** DORIS PINZÓN AMADO

### I.- ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la señora NANCY MARÍA MORILLO PÉREZ en contra de la sentencia proferida por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 16 de mayo de 2019, en la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES.-

Sirven de antecedentes fácticos y jurídicos a la decisión adoptada en primera instancia, los siguientes:

#### 2.1.- HECHOS.-

La apoderada judicial manifestó en el libelo de la demanda, que a la señora NANCY MARÍA MORILLO PÉREZ le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución No. 000810 de 5 de marzo de 2012, expedida por la entidad demandada.

Indicó que a la demandante se le están efectuando descuentos por salud del 12% y 12.5%, frente a las mesadas adicionales y regulares.

Indica que solicitó el reintegro y suspensión de los aludidos descuentos, recibiendo un pronunciamiento negativo por parte de la entidad.

#### 2.2.- PRETENSIONES.-

En el proceso que nos ocupa se solicitó que se declarara la nulidad parcial de la Resolución No. 000810 de 5 de marzo de 2012; así como del acto ficto negativo configurado el 18 de octubre de 2017.

En consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, requirió la devolución de los aportes que le fueron descontados de su pensión de jubilación, así como la suspensión de dichos descuentos.

### 2.3.- ACTUACIÓN PROCESAL.-

2.3.1.- ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de fecha 8 de mayo de 2018, siendo debidamente notificada a las partes intervinientes y al Ministerio Público.

2.3.2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO no contestó la demanda oportunamente.

2.3.3.- AUDIENCIA INICIAL: El 16 de mayo de 2019 se realizó la audiencia inicial de que trata el numeral 1° del artículo 180 del C.P.A.C.A., fecha en la cual se adelantaron todas las actuaciones respectivas, hasta emitir la providencia de primera instancia.

2.3.4.- PRUEBAS: Con el objeto de establecer los hechos y la presunta responsabilidad que recae sobre la entidad demandada, al proceso fueron allegados los elementos probatorios que se describen a continuación:

- Fotocopia simple del derecho de petición de fecha 18 de julio de 2017, mediante el cual la demandante a través de apoderada judicial, solicitó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la suspensión del descuento realizado a la pensión ordinaria, así como la devolución de los mismos. (v.fls.3-4)
- Fotocopia simple de la Resolución No. 000810 de 5 de marzo de 2012, a través del cual la Secretaría de Educación del departamento del Cesar le reconoció una pensión de jubilación a la demandante. (v.fls.6-7).
- Fotocopia simple de extractos de pago emitidos por la FIDUPREVISORA. (v.fls.7-9)

### 2.3.5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La parte demandante, que fue la única que asistió a la diligencia, ratificó los argumentos expuestos en el transcurrir del proceso.

### 2.3.6.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

En esta oportunidad procesal, el Agente del Ministerio Público emitió concepto desfavorable a las súplicas de la demanda.

### III. SENTENCIA APELADA.-

EL JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR en sentencia de fecha 16 de mayo de 2019, desestimó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, estimó que los descuentos realizados por concepto de salud que originaron la demanda, se encuentran autorizados legalmente.

De otro lado, concluyó que la devolución de los aportes a la parte demandante resultaba improcedente, ya que estos tienen una justificación objetiva, y es cumplir con la sostenibilidad del Sistema Integral de Seguridad Social en salud.

Cabe destacar, que en la providencia apelada no se impuso condena en costas en

contra de la parte vencida.

#### IV. RECURSO INTERPUESTO.-

La apoderada judicial de la demandante manifestó su desacuerdo con la providencia recurrida, ya que en ningún momento se solicitó la devolución del 7% de los descuentos efectuados por concepto de aportes en salud.

Indica que se está frente a una situación de ilegalidad por la prevalencia de derechos que tiene su poderdante.

Afirma que el régimen de cotización en materia de salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003.

Finalmente, realiza un recuento normativo y cita providencias emitidas por el Tribunal Administrativo de Quindío y el Consejo de Estado, con el objeto de sustentar sus afirmaciones.

#### V.- ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.-

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, mediante auto de fecha 11 de septiembre de 2019, admitió el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR de fecha 16 de mayo de 2019, y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Por medio de auto de fecha 10 de octubre de 2019, se ordenó correr traslado a las partes por el término común de 10 días para alegar de conclusión y una vez vencido el término anterior, por 10 días al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

##### 5.1.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.-

###### 5.1.1.- DEMANDANTE:

La parte demandante presentó alegatos de conclusión en término, indicando que quienes son afiliados al Fondo Prestacional del Magisterio son los docentes nacionalizados o nacionales, pero aquellos que ya son pensionados, ya no se les puede catalogar como afiliados, pues para esto se requiere ser docente nacional o nacionalizado y estar trabajando como docente, además de contar con un vínculo legal con un patrono.

Menciona además que no se puede tener como precepto para este caso, que se esté cumpliendo con el principio de solidaridad, ya que su representado no está afiliado al régimen de seguridad social por ostentar la calidad de pensionado.

Expresa que el descuento de la pensión es legal, sin embargo, no se puede considerar legal sobre el valor de las mesadas adicionales.

###### 5.1.2.- ENTIDAD DEMANDADA:

La entidad demandada no presentó alegatos en esta instancia.

##### 5.2.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia.

## VI. CONSIDERACIONES. -

Surtidas las etapas procesales previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la instancia, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 16 de mayo de 2019, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### 6.1.- COMPETENCIA.-

La Corporación es competente para conocer el recurso de apelación propuesto en contra de la sentencia proferida por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, es decir, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.<sup>1</sup>

### 6.2.- FIJACIÓN DEL LITIGIO.-

De acuerdo con los hechos expuestos en el escrito de apelación y las alegaciones presentadas en esta instancia, corresponde a esta Corporación determinar si en el presente caso 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 jubilación que le fue reconocida a la demandante, por ser docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

### 6.3.- CUESTIÓN PREVIA.-

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 dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal.

Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del Agente del Ministerio Público, en atención a su importancia jurídica y trascendencia social.

Atendiendo entonces la naturaleza de este caso, en el que se discuten asuntos relativos a seguridad social en pensiones, se procederá a emitir la sentencia correspondiente, modificando el orden de los procesos que se encuentran en turno para fallo.

### 6.4.- CASO CONCRETO.-

En primera medida, esta Sala de Decisión confirmará la providencia recurrida, ya que comparte la tesis expuesta por la A quo, tendiente a que los descuentos efectuados a la demandante, se encuentran amparados legalmente, por lo que se desestimarán los argumentos presentados en el recurso de apelación que nos convoca.

<sup>1</sup> Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia. Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

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.

Este artículo fue declarado nulo parcialmente por el H. 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.

Así las cosas, 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.

En efecto, dado que la demandante ostenta la calidad de pensionado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, encuentra la Sala que de acuerdo a lo contemplado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, las personas que se encuentren afiliadas a este fondo, están excluidas de la aplicación del régimen general de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, y 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.

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 posteriormente fue 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.

El referido artículo, 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.

En estos términos, se tiene 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.

De igual manera la Corte Constitucional en la 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 anotado, 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 y 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 cuanto 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 concuerda con lo decidido por la Jueza de Primera Instancia, respecto de la procedencia de los descuentos por salud que se le han venido realizando a la demandante sobre las mesadas ordinarias y adicionales de la pensión de jubilación reconocida a ésta, razón por la cual la sentencia apelada debe ser confirmada, tal como se indicó previamente.

#### 6.5.- DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.-

De conformidad con lo expuesto, esta Corporación CONFIRMARÁ la sentencia proferida por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 16 de mayo de 2019, en la que se negaron las súplicas incoadas en la demanda de la referencia.

#### 6.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.-

Al respecto, la Sala de Decisión acudirá al de causación, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>2</sup>, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> «Artículo 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.»

<sup>3</sup> «Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad de la parte demandante, razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en este proceso.

#### DECISIÓN.-

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 16 de mayo de 2019, en la que se negaron las súplicas incoadas en la demanda de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SÉGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

#### ANÓTESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 147.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA  
Presidente  
(Ausente con permiso)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.
2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.
3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.
4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.
5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.» (Subrayado fuera del texto original).