



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Valledupar, veintidós (22) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

REF.: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL –APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: DARIS DEL CARMEN HERNÁNDEZ MEDINA
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN: 20-001-33-33-002-2018-00152-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I.- ASUNTO

Procede la Sala a revolver 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 12 de febrero de 2019, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1.- HECHOS.

La apoderada de la demandante, manifiesta que la señora DARIS DEL CARMEN HERNÁNDEZ MEDINA, fue pensionada por el Fondo Prestacional del Magisterio, mediante Resolución No. 002736 de 27 de junio de 2014, y que a pesar de que el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, dentro del régimen especial del Magisterio, estableció que el aporte que se debe realizar del valor de la mesada pensional equivalía al 5% de la misma, desde la expedición de la Ley 812 de 2003, la entidad viene realizando una descuento del 12% y del 12.5% del valor de la pensión como aporte de la financiación del Fondo Prestacional del Magisterio.

Sostiene que frente a su reclamación por vía gubernativa de la devolución de estos dineros, hubo un pronunciamiento negativo por parte de la entidad accionada.

2.2.- PRETENSIONES.

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 002736 del 27 de junio de 2014, proferida por el Fondo Prestacional del Nacional del Magisterio, que le reconoció la pensión de jubilación a la demandante y ordenó un descuento del 12% y/o 12.5% como aporte a dicho fondo.

Asimismo, que se declare la nulidad del acto administrativo ficto negativo configurado el día 27 de septiembre de 2017, frente al derecho de petición presentado el día 27 de junio de 2017, 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 jubilación 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 jubilación, que excedieron el porcentaje del 5% desde el año 2014, incluyendo el porcentaje de los aportes descontados de las mesadas adicionales, hasta la fecha de ejecutoriada la sentencia y que a partir de ésta fecha, sólo se continúe descontando del valor de la pensión ordinaria de jubilación el aporte 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.- PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar en audiencia inicial de fecha 12 de febrero de 2019, negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Señala que no existe razón para ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud, como quiera que los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por pertenecer a un régimen especial se rigen por normas especiales y no pueden ser beneficiarios del régimen general, de cuya cobertura están excluidos expresamente. Por tanto, como la Ley 91 de 1989, permite que el descuento para salud sea efectuado a cada una de las mesadas que recibe el pensionado, no puede pretender la parte actora que se le reintegren unos aportes que fueron debidamente descontados, de conformidad con las normas que regulan su régimen especial.

De lo anteriormente expuesto, 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 salud; por tanto, no le asiste razón alguna a la actora al pretender la devolución de los descuentos efectuados bajo la aplicación de un régimen de prima media que no es aplicable. En consecuencia, no hay lugar a ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

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 percibidas en junio y/o diciembre y se ordene no seguir descontando hacia el futuro.

Indica, que en el libelo de la demanda se solicitó la devolución que excedió del porcentaje del 5% correspondiente a aporte que fue descontado del valor de la mesada ordinaria de pensión y la devolución total de los aportes efectuados sobre

las mesadas adicionales, y no 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 la juez de primera instancia.

Advierte que si bien los docentes fueron excluidos del sistema de seguridad social integral, y por ende no se les aplica 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, en cuanto al aporte de salud, perdió vigencia, máxime cuando este decreto protege de manera taxativa el no descuento para las mesadas adicionales, al no encontrarse dentro del listado que indica qué descuentos se encuentran permitidos, ya que al efectuarse la doble deducción, se estaría descontando un 24% en solo un mes.

Menciona varias normas y cita providencias emitidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de Quindío y el Consejo de Estado, como sustento de sus afirmaciones, y concluye 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.

V.- ALEGATOS

La apoderada de la demandante reitera lo expuesto en la demanda y en el recurso, en el sentido que no está exigiendo que a su poderdante no se le realice el descuento con destino a salud de sus mesadas pensionales, si no que este se ajuste al 5% establecido en la ley.

Por lo tanto, considera que el descuento con destino a salud de la demandante, debe suspenderse y ordenarse la devolución del valor descontado en exceso del 5% de sus mesadas pensionales, pues están reflejando una excesiva carga en su cancelación, como ampliamente lo ha sostenido el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y además están solicitados dentro de las pretensiones de la demanda. Solicita, se acceda a las súplicas de la demanda, dado que le asiste razón a su poderdante en sus pretensiones.

Por su parte, la apoderada de la entidad demandada manifiesta que lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, la cual dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993, a los docentes afiliados al FOMAG, conllevó que a los mismos se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, dado que de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989, se pasaría a un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen, por el contrario la Ley 91 de 1989 en su artículo 8° faculta al FOMAG para dicho trámite.

Destaca que la anterior postura va estrechamente ligada con lo contemplado en la norma superior, esto es, el principio constitucional de solidaridad. Considera que tal y como se dispuso en la sentencia de primera instancia, a la actora no le asiste el derecho a la devolución del porcentaje reclamado, por lo que solicita se confirme la sentencia apelada, en cuanto fueron negadas en su totalidad las pretensiones de la demanda.

VII.- CONSIDERACIONES

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 jubilación que le fue reconocida a la demandante, por ser docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1. Descuentos en salud sobre mesadas pensionales ordinarias.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se señala la afiliación de los docentes vinculados a ese fondo; y también se regula el patrimonio del fondo:

“Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación...”

“Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

(...)

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.”

Según la anterior normativa, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, los docentes nacionales y nacionalizados y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, se regirían por la normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro.

Esta misma disposición, preceptúa que los docentes que cumplan los requisitos de Ley, se les reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Así mismo, señaló que esta pensión está a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

Así las cosas, es claro que a los docentes se les aplicaba un descuento de su mesada pensional ordinaria *-incluidas las adicionales-* del 5% como aporte de los pensionados al fondo y así obtener sus recursos.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993, fija el monto de las cotizaciones para los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en un tope máximo del 12% del salario base de cotización, posteriormente, mediante la Ley 1250 de 2008, se adicionó un inciso del artículo 204 ibídem que preceptúa:

“La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008” (Aparte subrayado – declarado Inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-340 de 2009).

Por su parte, el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, estableció:

“Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

PARÁGRAFO. TRANSITORIO.-Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal.”

Así pues, el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, previó un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 es del 12%, y el valor del aporte que se le venía efectuado al pensionado 5% para el caso de los trabajadores del sector público, con el fin de evitar la pérdida del poder adquisitivo de las mismas.

Aunado a ello, en la Ley 812 de 2003, “Por medio de la cual se aprueba el Plan nacional de desarrollo 2003-2004”, en su artículo 81, inciso 4°, dispuso que los pensionados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberán aportar en los mismos términos de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir, en la misma cuantía que los pensionados de cualquier sector.

Esto reza la disposición en cita:

“Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales 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. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones”.

La referida norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004, en la que se analizó el incremento del 5 al 12% de la cotización del docente pensionado, quienes, a juicio de la demandante en esa acción de inexecutable, tenían un régimen exceptuado. Dicha Corporación consideró que:

“...una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción- “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”. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.”

En este orden de ideas, no cabe duda, que el monto de la cotización para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es el 12% para el régimen contributivo y que a él pertenecen los pensionados de cualquier sector, incluidos los docentes. Toda vez que el fin que se busca con la normativa de la Ley 100 es dar aplicación al principio de la solidaridad que deviene desde la Constitución del 91; y, de contera, hacer efectivo otro principio señalado en la Ley 100 de 1993, referido a la sostenibilidad del Sistema.

La Corte Constitucional¹ en sentencia de tutela ha mantenido su línea argumentativa sobre la procedencia de la norma que contempla el 12% como cotización que debe aplicarse a los docentes, precisando que:

“...En efecto, los actores reclaman por esta vía, el reembolso de unos descuentos que por concepto de salud les hacen de su pensión, aspecto sobre el cual es importante recordar que sobre este tipo de descuentos ordenados por Ley a las mesadas pensionales, el parágrafo del artículo 2° de la Ley 4ª de 1966, “por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social- Cajanal, se reajustan las pensiones de

¹ Sentencia T-359 de 2009.

jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”, señaló que los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional, norma que posteriormente fue derogada y modificada por la Ley 100 de 1993.

Entonces, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, esta Ley estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate.

Es decir, sin excepción alguna, resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado.

Por tal razón, con el fin de mantener la capacidad adquisitiva de las mesadas pensionales, en el artículo 143 transcrito de la Ley 100 de 1993, se dispuso un incremento en su monto equivalente a la suma necesaria para cubrir la diferencia entre el 5% (porcentaje anterior) y el 12% ahora establecido.

Lo que significa que con el objeto de poner en igualdad de condiciones a los pensionados, la denominada pensión gracia también se incrementó, pues se les otorgó a las personas a quienes se les reconoció la pensión antes del 1° de enero de 1994, el beneficio del aumento mensual en el monto de la pensión equivalente a la cotización para salud a la que se veían sometidos por aplicación de las disposiciones que en dicha materia trae la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

En este orden de ideas, en el caso concreto es evidente que los docentes reciben el pago de sus mesadas pensionales, sin estar evidenciado que el descuento hecho por salud, que es a beneficio de cada quien, afecte el mínimo vital de ninguno...”

De conformidad con lo esbozado, no resulta de recibo la afirmación referente a que los pensionados por parte del Fondo Prestacional del Magisterio no se encuentran obligados a efectuar aportes en los mismos términos de los pensionados del Sistema General de Pensiones, puesto que, si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 los consideró como un régimen exceptuado, no cabe duda alguna que a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, deben cotizar en los mismos términos señalados en la Ley 100 de 1993 y de la Ley 797 de 2003, es decir que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados es del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

2. Sobre mesadas pensionales adicionales.

Ahora bien en lo relacionado con 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, así:

"Artículo 1°. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas 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 dispone solo 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:

"ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual".

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, dispone:

"ARTÍCULO 50. Mesada adicional. 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 C.P el Doctor Augusto Trejos Jaramillo, mediante el cual se absolvió la siguiente consulta planteada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, "*¿El reajuste para salud a que se refiere el artículo 143 de la ley 100 de 1993, aplicable a las mesadas mensuales, se debe aplicar igualmente a las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre?*", y dijo:

"En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses".

El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y de diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace el descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, en ese caso, sería el valor de la mesada".

El anterior recuento normativo y jurisprudencial permitirá 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 actora ostenta la calidad de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, encuentra la Sala que de acuerdo con lo contemplado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de su lectura se extrae que 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, 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 párrafo transitorio 1° del acto legislativo 001 de 2005, que señala:

"Párrafo transitorio 1°. 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".

En los términos de la disposición anterior, se observa que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, es 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%, así:

"Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

(...)

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2".

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, así:

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales 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. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones".

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 salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación reconocida. 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, al respecto manifestó:

"Los intervinientes aciertan en señalar que la Corte ya había definido que la ley podía ordenar a los pensionados a asumir integralmente la cotización en salud. En efecto, la sentencia C – 126 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, declaró exequible el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que precisamente establece esa obligación en cabeza de los pensionados. La Corte consideró que, en desarrollo del principio de solidaridad (CP art. 1°), y con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, bien podría la ley ordenar que los pensionados asumieran esa cotización, teniendo en cuenta la reducción del número de trabajadores activos por pensionado, y que en el momento en que la persona reúne los requisitos para acceder a la pensión, entonces cesa su obligación de cotizar por tal concepto, y por ello, "y sin que existan equivalencias matemáticas, la disminución del ingreso del jubilado, por cuanto debe asumir integralmente su cotización en salud, es en parte compensada por el hecho de que cesa la obligación de aportar para pensiones".

Es esas circunstancias, no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización en salud. El interrogante que subsiste es si la norma acusada debió o no prever una regulación de transición igual a la establecida por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 que en el régimen general reajustó las pensiones en un valor equivalente al incremento de la cotización en salud,

(...)

17- Conforme a lo anterior, el carpo de igualdad no está llamado a prosperar, por cuanto la regulación de la cotización en salud no puede ser considerada una prestación autónoma y separable. En efecto, esa cotización está ligada

al conjunto de los servicios de salud prestados al magisterio, que representan un régimen específico, pues dichos servicios son prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, como lo dice otro aparte de la disposición acusada. Y en esas circunstancias, no tenía por qué la norma acusada prever el incremento de la cotización en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio un incremento de su mesada idéntico al previsto por la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de salud y pensional es en ambos casos distinto, como la cotización está vinculada al conjunto del régimen, no puede ser considerada una prestación autónoma y separable. La Ley no estaba entonces obligada a prever para el aumento de la cotización en salud de los pensionados del régimen especial de los docentes un mecanismo compensatorio idéntico al establecido por la Ley 100 de 1993 para el sistema general de seguridad social.

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 de inciso cuarto del artículo 81 de la ley 821 de 2003 los regímenes no son escindibles al arbitrio de los particulares, y menos cuanto estos son beneficiarios de un régimen especial, establecido en reivindicación de unas especiales condiciones de esos trabajadores, como son los docentes.

En consecuencia, se encuentra consonancia con lo considerado por el juez de primera instancia, respecto de la procedencia del reembolso de los descuentos por salud que se le ha venido realizando a la pensión de jubilación reconocida a la accionante, por lo cual este tribunal confirmará la sentencia apelada.

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 la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Valledupar de fecha 12 de febrero de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 076.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado