



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Iván Fernando Prada Macías

Bucaramanga, nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Radicado	680013333013-2018-00341-01
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante	Rosa María Sequeda Delgado abogadosmagisterio.notif@yahoo.com
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co
Ministerio Público	Procuraduría 159 Judicial II para Asuntos Administrativos nmgonzalez@procuraduria.gov.co
Tema	Devolución de descuentos del 12% en mesadas adicionales de junio y diciembre.

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga.

I. ANTECEDENTES

La señora **Rosa María Sequeda de Delgado** por intermedio de apoderado legalmente constituido, acude a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG**, con el fin de que se acceda a las siguientes:

1. Pretensiones.

*“1. Se declare la **Existencia del Silencio Administrativo Negativo, en relación con el Derecho de Petición radicado el 10 de noviembre de 2017, ante la Secretaría de Educación de SANTANDER – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que mi mandante, solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las Mesadas adicionales de junio y diciembre.***

2. Se declare la nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto citado en el numeral anterior.

*3. Como consecuencia de la anterior NULIDAD y a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, se conde a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, para que le ordene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (en calidad de administradora de sus recursos) el reintegro de **todos** los descuentos del 12% REALIZADOS, CON DESTINO A SALUD, SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE, desde la adquisición de su status jurídico de*

*pensionado(a), esto es, el 11 de marzo de 2002 hasta la fecha, y a **SUSPENDER** los descuentos en mención.*

*4. CONDENAR a la demandada al pago en forma **INDEXADA**, del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha de status jurídico, aplicando para tal fin la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E.*

*5. Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que como resultado se profiera en el presente proceso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, e igualmente reconozca los intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, tal como lo establece el artículo 192 *ibídem*.*

6. CONDENAR a la demandada a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011, realice el pago con el interés moratorio a la tasa comercial.

7. Que se conde a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del Art. 188 de la Ley 1437 de 2011.”

2. Hechos.

Expresa el apoderado de la parte demandante que la señora **Rosa María Sequeda de Delgado** laboró como docente para la Secretaría de Educación de Santander y adquirió el status de pensionada el 11 de marzo de 2002, y se le reconoció pensión mediante Resolución No. 1448 del 11 de julio de 2002.

Alega que, desde el reconocimiento pensional y la inclusión en nómina, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha venido descontando el 12% para salud de las mesadas de junio y diciembre, las cuales son denominadas mesadas adicionales, y por lo tanto, señala que recibe 14 mesadas al año y sobre las mismas se aplican los descuentos con destino a salud, cuando debería ser por 12 meses de servicio requerido al año.

Indica que el día 10 de noviembre de 2017 solicitó ante la entidad demandada el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizado con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, sin que a la fecha de presentación de la demanda se le hubiera dado respuesta.

3. Normas violadas y concepto de violación

Se invocan como disposiciones violadas: el párrafo del artículo 2 de la Ley 4 de 1966, artículo 37 del Decreto 3135 de 1968, numeral 3 del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, Ley 4 de 1976, artículo 5 de la Ley 43 de 1984, artículo 142 de la Ley 100 de 1993, decreto 1073 de 2002 y la Ley 812 de 2003.

Expresa que, el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 posibilitó la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las adicionales, no obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 incrementó la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, obligándolos a partir de su vigencia a asumir en su

totalidad la cotización del 12%, toda vez que la norma remite a las Leyes 100 y 1993 y 797 de 2003.

Así mismo, señala que el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, en el párrafo dispuso que los descuentos allí contemplados no podrían efectuarse sobre las mesadas adicionales.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia dictada en audiencia de fecha 16 de diciembre de 2020, negó las pretensiones de la demanda.

Para la decisión anterior, señaló que con la expedición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, se buscó aumentar el porcentaje de aportes en salud que realizan los docentes y pensionados afiliados al FOMAG, sin que ello implique extender el régimen previsto en el Sistema General de Seguridad Social o derogar las disposiciones que frente al descuento sobre las mesadas adicionales prevé el artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

De acuerdo a lo anterior, consideró que los descuentos del 12% que se realizan a las mesadas pensionales de la demandante, son legales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley 91 de 1989.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte accionante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, argumentando que, el legislador determinó que el régimen y monto de cotización de los docentes afiliados al FOMAG era el contenido en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, no obstante, señala que el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, que al no estar expresamente contenido en la Ley 812 de 2003 no puede ser ventilado por el Juez natural, por cuanto tal interpretación además de desconocer el principio de in dubio pro operario vulnera al trabajador e impone una carga desproporcionada a los pensionados docentes que no están en la obligación de soportar en virtud del principio de legalidad, pues se le ve menguada su mesada pensional, al aumentar del 5% al 12% la cotización y también se les realiza un doble cobro, porque se realizaría en las 14 mesadas percibidas, considerando arbitrario e ilegal el descuento en las mesadas adicionales.

Aunado a lo anterior, señaló que únicamente se debe realizar el descuento del 12% en las mesadas ordinarias que se perciben y no respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Finalmente, solicitó que no se condenara en costas, toda vez que no se ha incurrido en ninguna acción de temeridad o mala fe.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha 5 de noviembre de 2021 se admitió el recurso de apelación, ordenándose la notificación personal del Ministerio Público. Mediante el mismo proveído, de conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión y para que el Ministerio Público emitiera concepto de fondo.

En esta etapa procesal, tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Concluido el trámite procesal sin que la Sala advierta irregularidad alguna con eficacia para invalidar la actuación cumplida, y hallándose estructurados los presupuestos de ley para decidir el fondo de la cuestión, procederá la Corporación a proferir sentencia de segunda instancia.

1. Competencia:

Conforme al artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados Administrativos de su jurisdicción territorial, razón por la cual procede la Sala a desatar la presente controversia en segunda instancia.

2. Problema Jurídico:

De conformidad con los planteamientos expuestos dentro del proceso, la controversia planteada en el asunto bajo estudio consiste en determinar si, es nulo el acto administrativo ficto, producto del silencio de la entidad demandada al no dar respuesta a la petición de fecha 10 de noviembre de 2017, por medio del cual la demandante solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las Mesadas adicionales de junio y diciembre. Para tal efecto, deberá determinar la Sala si el descuento del 12% por concepto de cotizaciones por salud, efectuado a las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre devengadas por la señora **Rosa María Sequeda de Delgado** es legal, o en su defecto, si la misma tiene derecho a que la **Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** realice el reintegro de las sumas descontadas.

Tesis: Es legal el descuento realizado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio correspondiente al 12% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre devengadas por la demandante, por concepto de cotización en salud al Sistema General de Seguridad Social, tal y como lo dispuso el Juez de primera instancia. En consecuencia, el acto administrativo

ficto por medio de cual se negó a la demandante la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las Mesadas adicionales de junio y diciembre no es nulo.

3. Marco normativo y jurisprudencial aplicado al caso concreto:

La Ley 812 del 26 de junio de 2003, “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*”, dispuso en su artículo 81 dos regímenes pensionales para los docentes oficiales, dependiendo de la fecha de su vinculación, esto es, los docentes que se encuentren vinculados antes o después de la entrada en vigencia de la ley en mención (27 de junio de 2003), veamos:

*“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.”

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: “*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*”.

Así las cosas, se tiene que la Ley 91 de 1989, en su artículo 4 señaló que 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 promulgación de la Ley, y adicional a ello, dispuso en su artículo 8 numeral 5 que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está 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*” (Negrilla su subrayado fuera de texto).

Por su parte, el Decreto No. 2341 de 2003 reglamentario de la Ley 812 de 2013 (artículo 81) modificó lo concerniente a la tasa de cotización de los docentes afiliados el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señalando que la suma de aportes para la salud y pensiones es el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Así las cosas, a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de la cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007 en 12.5%, y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008 en el porcentaje del 12%.

En ese sentido, precisa la Sala que, para dar solución al problema jurídico planteado en el caso concreto, resulta aplicable lo establecido en la Sentencia de Unificación del 3 de junio de 2021 proferida por el H. Consejo de Estado que dispuso lo siguiente:

“Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.”

4. Caso concreto.

Conforme al objeto del recurso de apelación y según se enunció al momento de plantear el problema jurídico en el presente asunto, la Sala entrará a dilucidar si, es nulo el acto administrativo ficto, producto del silencio de la entidad demandada al no dar respuesta a la petición de fecha 10 de noviembre de 2017, por medio del cual la demandante solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las Mesadas adicionales de junio y diciembre. Para tal efecto, deberá determinar la Sala si el descuento del 12% por concepto de cotizaciones por salud, efectuado a las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre devengadas por la señora Rosa María Sequeda de Delgado es legal, o en su defecto, si la misma tiene derecho a que la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realice el reintegro de las sumas descontadas.

Advierte la Sala que la señora **Rosa María Sequeda de Delgado**, se encontraba vinculada en calidad de docente oficial a la Secretaría de Educación del departamento de Santander como docente nacionalizada desde el 15 de julio de 1975 según se indica en la Resolución No. 1448 del 11 de julio de 2002, en la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación, y por lo tanto, teniendo en cuenta la fecha de su vinculación, su régimen pensional se encuentra amparado por la Ley 91 de 1989.

Bajo ese entendido, y siguiendo los argumentos expuesto en la sentencia de unificación citada anteriormente, considera la Sala que, si bien las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales, no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989 sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8 citado en precedencia, por lo tanto, se tiene que las previsiones de la Ley 812 de 2003, que extendió 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 del 5% al 12% establecido en el régimen general, sin que se modificaran los demás aspectos, particularmente el del aporte de un porcentaje de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, manteniéndose dicha disposición.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye que es legal el descuento realizado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio correspondiente al 12% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre devengadas por la demandante, por concepto de cotización en salud al Sistema General de Seguridad Social, tal y como lo dispuso el Juez de primera instancia

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada proferida el 16 de diciembre de 2020 por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga que negó las pretensiones de la demanda.

5. Costas.

Atendiendo lo estipulado en el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso, según el cual “*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.*” y el numeral tercero de la misma norma que reza “*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*”, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2020 por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Condenar en costas a la parte demandante, la señora **Rosa María Sequeda de Delgado**, de conformidad con la argumentación precedente.

TERCERO. Una vez en firme esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias de rigor en el Aplicativo SAMAI

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

[Firma electrónica]

IVÁN FERNANDO PRADA MACÍAS

Magistrado Ponente

[Firma electrónica]

JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR

Magistrado

[Firma electrónica]

MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO

Magistrado