



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, Agosto Ocho (08) de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00005-01

Nulidad y Restablecimiento del Derecho- Apelación de Sentencia

Demandante.: Alesma Forbes de Escalona

Demandado.: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Departamento Archipiélago.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia del 14 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

PRIMERO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones planteadas

SEGUNDO: la nulidad de la Resolución No. 04543 del 27 de octubre de 2008, emanada por la Secretaría de Educación Departamental, por la se (sic) negó a la actora la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez reconocida mediante Resolución No. 0044 del 25 de septiembre de 2006 a la Sra. **ALESMA DELORIA FORBES DE ESCALONA**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho **ORDÉNASE** a la Entidad Territorial del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina- Secretaría de Educación Departamental Oficina Regional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la Pensión Mensual Vitalicia de Jubilación de la demandante, con los siguientes factores salariales: auxilio de movilización, prima de navidad y prima de vacaciones, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

Las sumas no prescritas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A. y de ellas se harán los descuentos de Ley.

CUARTO: EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS , PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN- OFICINA REGIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dará cumplimiento a este fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en Costas.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquidense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Pasados dos (2) años sin que el actor los haya reclamado, la secretaria declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura- Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. Desanotece en los libros correspondientes y archívese el expediente.

LA DEMANDA

La señora ALESMA FORBES DE ESCALONA, actuando a través de apoderado judicial, instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina- Secretaría de Educación- Oficina Regional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el objeto de que se declarara lo siguiente:

1. Que se declare **LA NULIDAD** de la **Resolución No 04543 del 27 de octubre de 2008**, proferida por la Secretaría de Educación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina- **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio – Regional Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina** por medio del cual se **NIEGA** una Revisión de Pensión Vitalicia de Jubilación.

2. Que se declare **LA NULIDAD** del **OFICIO SED-GA-0819 del 27 de Agosto de 2009**, proferida por la Secretaría de Educación del Departamento Archipiélago de San Providencia y Santa Catalina -**Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio – Regional Archipiélago de San Andrés** por medio del cual se da contestación a un derecho de petición.

3. Que se declare **LA NULIDAD** del oficio No SAL-8132 del 16 de Septiembre de 2011, proferido por la Secretaría de Educación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio – Regional Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina**, por medio del cual se **NIEGA** una revisión de pensión Vitalicia de Jubilación.

4. Que se declare **LA NULIDAD** del **Oficio No 2011EE67644 del 23 de agosto de 2011** proferido por la Directora de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduciaria la Previsora S.A. mediante el cual se **NIEGA** el reconocimiento y suspensión de los valores efectuados en exceso para salud a mi poderdante.

5. Que como consecuencia de la declaratoria de **NULIDAD** de la **Resolución No. 04543 Del 27 de octubre de 2008**, proferida por la Secretaría de Educación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina- **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio – Regional Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina**, por medio del cual se niega una revisión de pensión vitalicia de jubilación, el oficio SED-GA-0819 del 27 de agosto de 2009, proferido por la Secretaria de Educación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y

Santa Catalina- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Regional Archipiélago de San Andrés , Providencia y Santa Catalina por medio del cual se da contestación a un derecho de petición , Oficio No SAL-8132 del 16 de septiembre de 2011, proferido por la Secretaría de Educación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio – Regional Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina**, por medio del cual se **NIEGA** una Revisión de pensión vitalicia de jubilación y el Oficio No 2011EE67644 del 23 de agosto de 2011 proferido por la Directora de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduciaria La Previsora S.A. mediante el cual se **NIEGA** el reconocimiento y suspensión de los valores efectuados en exceso para salud a mi poderdante, se **CONDENE** a la **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** representados legalmente por **MARÍA FERNANDA CAMPO** y **JUAN JOSE LALAINDE FLOREZ**, respectivamente, mayores de edad, con domicilio y residencia en esta ciudad, o quienes hagan sus veces al momento de la notificación, a **RECONOCER Y PAGAR** a favor de mi poderdante, **EL REAJUSTE** de la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación , incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior a su status pensional.

6. Que se ordene a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS , PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** a no hacer ningún tipo de descuento por Seguridad Social (salud) sobre las mesadas pensionales causadas desde la fecha que adquirió el status pensional , hasta la fecha de primer pago y que por lo tanto se le ordene reintegrar este valor descontado.

7. Que se ordene a **LA NACIÓN- – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS , PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** a no hacer ningún tipo de descuento por Seguridad Social (salud) sobre mesadas pensionales adicionales de Junio y Diciembre en cada año causadas a partir del primer pago. Por lo tanto se le ordene reintegrar el valor descontado por éste concepto hasta la fecha del fallo.

8. Que se ordene a **LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS , PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** a **CANCELAR** 14 mesadas pensionales por año desde la fecha de status pensional.

9. Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor de mi poderdante, el valor de las mesadas pensionales que se causen por el nuevo reajuste a que tiene derecho mi poderdante de la pensión mensual vitalicia de jubilación y los reajustes pensionales, desde el momento en que se le reconoció esta pensión de jubilación.

10. Condenar a la demandada a reconocer y pagar la **INDEXACIÓN** sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de los reajustes solicitados de

Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00005-01

la pensión de jubilación, y sobre el reintegro de las sumas debidas por los descuentos efectuados por concepto de EPS, referidos en los numerales anteriores, certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A."

ANTECEDENTES

La demandante a través de apoderado judicial manifiesta habersele reconocido pensión de jubilación, como resultado de haber laborado como docente del Magisterio Oficial alcanzando los requisitos establecidos en la Ley 91 de 1989, reconocida mediante Resolución No. 044 del 25 de septiembre de 2006 por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirma que, desde al momento de liquidación de la precitada pensión el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio omitió la inclusión de todos los factores salariales sobre el año anterior a la consecución del estatus de pensionado, lapso transcurrido entre el 8 de mayo de 2005 y el 7 de mayo de 2006, añade además que le han sido efectuados descuentos a las mesadas 13 y 14 por concepto de Salud (EPS) sin que exista norma vigente que ordene tal sustracción.

Relata que con el propósito de someter a revisión su pensión de jubilación y así obtener la correcta inclusión de todos los factores salariales y a su vez el cese de los descuentos indebidos por concepto de salud, la demandante elevó derecho de petición dirigido a la Secretaría de Educación del Departamento Archipiélago, siendo contestado de manera negativa mediante Resolución 04543 del 27 de octubre de 2008, de igual manera fue despachada una nueva solicitud sobre los mismos fines, elevada el 20 de agosto de 2009 y resuelta a través del oficio SED-GA-0819 del 27 de agosto de 2009 emanado de la Secretaría de Educación Departamental .

Finalmente, la demandante elevó derecho de petición el 30 de agosto de 2011 a fin de que le fueran restituidos los valores por concepto de descuentos en las mesadas 13 y 14 por concepto de salud ante la administración Departamental, tal solicitud fue redirigida a la Fiduprevisora S.A. en calidad de administrador de los recursos del Fondo pensional de la Magistratura, quien mediante contestación referenciada bajo el No. 2011EE67644 denegó lo solicitado por la demandante.

Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00005-01**NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

El apoderado judicial de la demandante manifiesta que el acto demandado, infringe las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

- Artículos 2°, 13°, 16, 25, 29, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política.
- Ley 57 de 1887
- Ley 153 de 1887
- Decreto 2277 de 1979
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Ley 91 de 1989
- Ley 4 de 1992
- Ley 4 de 1966
- Ley 5 de 1969
- Ley 100 de 1993
- Ley 238 de 1995
- Decreto 1073 de 2002
- Ley 812 de 2003

El libelista hace consistir la violación en los siguientes cargos:

En primer lugar afirma la demandante que la no inclusión de todos los factores salariales al momento de la liquidación y pago de su pensión de jubilación constituye una violación de la Ley 4 de 1992 y Ley 5 de 1969 sobre el entendido que la administración desconoció el respeto de los derechos adquiridos e incurrió en un desmejoramiento de su salario y prestaciones sociales.

Expone que el descuento realizado a las mesadas adicionales 13 y 14 por concepto de aportes en salud no encuentra asidero legal, si se tiene en cuenta que la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente el mencionado descuento ya que remite su trámite y rubros computables a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Leyes que no contemplan las sustracciones realizadas por salud en las mesadas adicionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Departamento Archipiélago

A través de apoderada judicial, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, contestó la demanda exponiendo lo siguiente:

Se opone a todas y cada una de las pretensiones alegadas en la demanda, respecto de los hechos de la demanda asegura que algunos son ciertos y otros parcialmente ciertos, según se desprende de los documentos allegados con la demanda.

Alega que la demandante, omitió el requisito de procedibilidad por cuanto no agotó la conciliación prejudicial, requisito sería aplicable toda vez que el tema o asunto objeto de la acción no está excluido dentro de los escenarios dispuestos por el Decreto 1716 de 2009 y obedecer a asuntos ajenos al reconocimiento de una pensión o prestación periódica.

Continúa expresando que la parte accionante, no aportó prueba alguna que demuestre efectivamente las deducciones realizadas a las mesadas 13 y 14 (junio y diciembre) estando en la obligación de demostrar el supuesto de hecho en que funda sus pretensiones conforme lo dispuesto en el artículo 177 del C.P.C.

Añade también la falta de agotamiento de la vía gubernativa, bajo el entendido que la demandante no hizo uso de los recursos procedentes, privando a la administración de la oportunidad de controvertir o modificar su decisión indicando que el accionante debió interponer el recurso de reposición en aras de agotar la vía gubernativa, ya que el mismo es obligatorio cuando no procedan otros recursos.

Afirma que la accionante, no demandó la nulidad y restablecimiento sobre la totalidad de los actos, esto es, dejó de lado el acto administrativo por medio del

cual le fue reconocida la pensión vitalicia, centrando la litis exclusivamente sobre los actos que negaron la reliquidación, olvidando que los segundos son accesorios de aquel que reconoce la prestación en sí, aunado a ello, propone la prescripción trienal de las mesadas adeudadas.

Finalmente, reitera el ceñimiento a la norma por parte del Departamento en el reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación del accionante, señalando para ello el 75% del salario mensual promedio del último año, como base de liquidación de las mesadas, a su vez aduce que en virtud del principio de inescindibilidad de las normas no puede pretenderse la aplicación de beneficios propios de la Ley 100 de 1993, conservando también aquellos aspectos más provechosos del régimen de excepción.

Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

El Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio guardó, silencio en esta etapa procesal.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

La presente demanda fue presentada el 20 de enero de 2012, ante el Juzgado Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el cual, mediante auto del 31 de enero de 2012, dispuso admitir la demanda. (Folio 41 del cdno. ppal.).

La Entidad demandada, a través de apoderada judicial contestó oportunamente la demanda, el día 10 de mayo de 2012. (Fls. 46 a 52 del cdno. ppal.).

Por auto del 25 de julio de 2012, se abrió a pruebas el proceso. (Fls. 72 del cdno. ppal.).

En auto de fecha 09 de Agosto de 2012, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fl. 74 del cdno. ppal.).

Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00005-01

Mediante sentencia de fecha 14 de febrero de 2013, el Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, accedió a la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez del accionante declarando la nulidad de la Resolución No. 04543 del 27 de octubre de 2008 proferida por la Secretaría de Educación Departamental. (Fls. 116 a 129 del cdno. de apelación).

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación en contra del mencionado fallo, el cual se concedió mediante auto de 14 de mayo de 2013. (Fls. 154 del cdno. de apelación).

Ésta Corporación, mediante auto del 31 de mayo de 2013, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. (Folio 159 del cdno. de apelación) y ordenó correr traslado a las partes y Ministerio Público.

El Ministerio Público emitió concepto en el cual solicita al Tribunal no acceder a los argumentos del recurso de alzada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Administrativo, habida consideración que, i) los descuentos sobre las mesadas adicionales por concepto de salud están autorizados expresamente en la Ley 91 de 1989 no pudiendo acogerse a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 por representar esta una prohibición a descuentos sobre las mencionadas adicionales en virtud de la inescindibilidad de la norma y pertenecer a un régimen especial de seguridad social, ii) la demandante no llena los requisitos previstos en el acto legislativo No. 1 del 25 de julio de 2005.

LA SENTENCIA

El Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en sentencia del 14 de febrero de 2013 declaró la nulidad de la Resolución No. 04543 del 27 de octubre de 2008 emanada de la Secretaría de Educación Departamental por la cual se negó a la actora la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez reconocida mediante Resolución No. 0044 del 25 de septiembre de 2006 y resolvió denegar las demás pretensiones de la demanda.

Inicialmente desestimó la pretensión tendiente al reintegro o devolución de los descuentos por salud realizados a las mesadas 13 y 14 puesto que el accionante no allegó prueba que comprobase los descuentos alegados, a su vez, ordenó la

Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00005-01

reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación del demandante *por cuanto es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se le dé*

EL RECURSO

Al impugnar la decisión de Primera Instancia el apoderado judicial del demandante manifestó que:

Los descuentos sobre las mesadas adicionales 13 y 14 no son procedentes a saber que de conformidad con la Ley 100 de 1993, las instituciones pagadoras de pensiones no están autorizadas a realizar otros descuentos diferentes a los allí señalados, lo anterior está expresamente proscrito por el parágrafo del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002 que en su artículo primero, parágrafo expresa:

"Artículo 1. Descuentos de mesadas pensionales.

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

Añade que las mesadas adicionales pagaderas a los pensionados en los meses de junio y diciembre, constituyen compensaciones jurídicamente autónomas, por lo que su naturaleza no es asimilable con las primas de servicios y navidad y en tal sentido en los meses que se perciben las mesadas pensionales adicionales se realizan los descuentos sobre las mesadas ordinarias respectivas.

Expone que en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado en lo referente al tema de los descuentos sobre las mesadas pensionales, ha expresado que tales deducciones sólo proceden sobre los doce meses que tiene un año y no sobre las mesadas adicionales, aunado a ello, alega que el magisterio oficial colombiano no tiene régimen especial de seguridad social y que de conformidad con los principios de igualdad y favorabilidad, se debe garantizar la aplicación del régimen general cuando favorece al trabajador, aplicando para el caso los beneficios en seguridad social establecidos en la Ley 100 de 1993.

Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00005-01

Con relación al pago de 14 mesadas pensionales, afirma el apoderado de la parte accionante que la pensión de su representada debe ser reconocida en aplicación a lo establecido en la Ley 91 de 1989 que en literal 1 del artículo 15, establece que los docentes vinculados a la fecha de la vigencia de dicha Ley mantendrán su régimen prestacional, por lo tanto y conforme a lo establecido en los artículos 53 de la Constitución Política y el 21 del Código Sustantivo del Trabajo, por favorabilidad, han de cancelarse 14 mesadas por año.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Agente del Ministerio Público al emitir su concepto expresa que la Ley 91 de 1989 que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura el régimen pensional excepcional permite expresamente en su artículo octavo, numeral quinto el descuento indiscriminado a las mesadas pensionales, afirma que aun sin que el demandante aportara prueba de los descuentos realizados a las mesadas adicionales, la demandante es una docente al cual le fue reconocida su pensión de jubilación el 25 de septiembre de 2006, con lo que se intuye que su vinculación data de fecha anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003 lo que decanta que el régimen aplicable para el descuento o no sobre las mesadas adicionales es el de la Ley 91 de 1989, norma que como ya se expresó autoriza el descuento indiscriminado por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**Departamento Archipiélago.**

El Departamento ratifica lo expresado en la contestación de la demanda, resalta que no existe material probatorio alguno que verifique los supuestos descuentos por concepto de salud respecto del pago de las mesadas de la accionante, finaliza expresando que conforme el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, le corresponde al actor probar el aludido descuento, probar en otras palabras el fundamento de hecho en que se fundan sus aspiraciones en derecho.

Parte accionante

La actora guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES.

La controversia que ha presentado la recurrente se contrae en establecer si los descuentos que se efectúan con fundamento en las Leyes 100 de 1993, 812 de 2003 y 1122 de 2007, por concepto de aportes en salud sobre su pensión de jubilación reconocida, se encuentran acorde con la normativa que regula la materia y en caso de no ajustarse, verificar si es procedente ordenar el reintegro de los valores que **como cotización al Sistema le fueron supuestamente descontados al actor en las mesadas adicionales de junio y diciembre.**

la Sala aclara que la pretensión tendiente al reconocimiento de 14 mesadas pensionales anuales constituye un contrasentido con relación a la devolución de los descuentos que al mismo tiempo alega se le han efectuado al actor por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, a su vez, las leyes 238 de 1995 y 4 de 1976 (artículos primero y quinto respectivamente) dan fundamento legal al pago de las citadas mesadas, razón por la cual no se discutirá en ese sentido el recurso de alzada.

En este orden de ideas, corresponde a esta Sala determinar si es procedente o no el descuento del aporte para salud, sobre las **mesadas pensionales adicionales**, correspondientes a los meses de junio y diciembre, para lo cual se realizará el correspondiente recorrido normativo y jurisprudencial, así:

La Ley 4ª de 1976, *"Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones"*, estableció en lo pertinente:

"Artículo 5º : Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite el derecho, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto."

Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00005-01

La Ley 42 del 14 de diciembre de 1982, "Por la cual se determinan los Grados de las Organizaciones Gremiales de los Pensionados y se dictan otras disposiciones" dispuso:

*"Artículo 7º: **La mensualidad adicional de que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones.**" (Negrillas de la Sala).*

La Ley 43 del 12 de diciembre de 1984, "Por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del Poder Público y se dictan otras disposiciones", señaló:

*"Artículo 5º: A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3º del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; **tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional...**" (Negrilla de la Sala).*

Ahora bien, en el articulado de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" no trae disposición alguna en lo referente a los "descuentos" sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Pero el Decreto 1073 de 2002, "Por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales", estableció en lo pertinente:

"ARTÍCULO 1o. 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.

(...)

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 la mesada adicional.

Sin embargo, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 3 de febrero de 2005¹, declaró la nulidad parcial de este párrafo en los siguientes términos:

"2. Presunta nulidad del párrafo único del artículo primero que dispuso:

¹ Consejera Ponente: Ana Margarita Olaza Forero (E), Rad: 11001-03-25-000-2002-00163-01 (3166 -02), actor: Abel Trujillo Sánchez

Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00005-01

*La Sala advierte, en primer término, que cuando el decreto acusado, dispuso respecto de los "descuentos de que tratan estos artículos", no hizo relación con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, por la potísima razón de que en estos no se gobernó descuento alguno, como atinadamente lo alegó el actor, sino con los artículos del decreto 1073, lo cual es bien distinto; si no fuere así, la norma no tendría sentido, dada su pésima redacción: en realidad, **para la Sala, la norma acusada quiso decir simplemente que las mesadas adicionales establecidas en los artículos 50 y 142 de dicha Ley, no serían objeto de descuento.***

Ahora bien, es cierto que tanto la Ley 42 de 1982 (artículo 7º), como la Ley 43 de 1984 (artículo 5º) se relacionan con la mesada adicional que deben recibir los pensionados en el mes de diciembre de cada año (regida hoy por el artículo 50 de la Ley 100 de 1993), pero no con la mesada del mes de junio, gobernada por el artículo 142 ibídem, por lo que, en este punto, sí tiene razón el demandante, pues no existe norma legal que impida hacer descuentos de esta mesada adicional y, por ende, a juicio de la Sala el ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

La nulidad que declarará la Sala del párrafo del artículo 1º del decreto acusado, se dispondrá, entonces, solo respecto de la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. En lo demás, la pretensión se denegará. (Negrillas de la Sala)

Así pues, luego de la sentencia de nulidad del Consejo de Estado sobre las mesadas adicionales, procedía descuento sólo respecto de la del mes de junio, pero no de la de diciembre.

Lo anterior se desprende que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, sobre descuentos para salud se hicieron extensivas a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ende el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, debe entenderse tácitamente derogado desde la fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003, es decir, desde el 27 de junio de 2003, y así, la decisión de la entidad demandada de negar el reembolso por los descuentos de las mesadas adicionales que la demandante percibe como pensionada, están parcialmente ajustadas a los parámetros de ley, ya que sobre la percibida en junio habrán de realizarse descuentos por dicho concepto (salud) como efecto de no existir norma expresa que prohíba tal deducción, sin embargo, no ocurre lo mismo para la mesada adicional del mes de diciembre, razón que toma en ilegales los descuentos por concepto de aportes a salud para la mesada 14 de acuerdo con los arts. 7º de la Ley 42 de 1982 y 5º de la Ley 43 de 1984.

Ahora bien, del material probatorio allegado al plenario, se observa que la demandante recibe pensión mensual vitalicia de jubilación desde el 09 de mayo de 2006, sin embargo, la Sala no halla ninguna prueba que se refiera a los descuentos de las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde el momento en que empezó a recibir el pago por el derecho reconocido.

Dicha falencia probatoria, en principio, podría servir como fundamento para el abatimiento de las pretensiones contenidas en la demanda, si se tiene en cuenta

Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00005-01

que la carga de la prueba está radicada en cabeza de quien ejerce la acción. No obstante, encuentra la Sala que desde el mismo auto admisorio de la demanda², se dispuso que la entidad demandada contaba con un término de diez (10) días hábiles para remitir copia auténtica de todas las piezas que hacen parte de los antecedentes administrativos y que dieron origen a la expedición del acto administrativo demandado.

Y cobra real importancia esta mención, en el entendido que siendo obligación de la parte demandante demostrar los fundamentos de hecho en que se funda la pretensión, igualmente corre por cuenta de la entidad demandada la carga de demostrar los supuestos que han de servir para desvirtuar lo pretendido, aunado ello a la obligación de remitir los antecedentes administrativos, dentro del término concedido para ese fin, como elementos demostrativos y en los que se cimienta su propia acción.

Esa obligación no se queda ahí, el artículo 207 del Decreto 01 de 1984, en su numeral sexto, ordena que el funcionario correspondiente debe remitir los antecedentes administrativos, dentro del término que para el efecto se señale por el Despacho.

Adicionalmente el parágrafo del artículo 144 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984), indica: *"Con la contestación se acompañarán los documentos que se pretendan hacer valer como prueba y que se encuentren en su poder"*.

En tanto que el parágrafo del artículo 145, adicionado por el artículo 60 de la Ley 1395 de 2010, expresa:

"PARÁGRAFO. El demandado deberá aportar con la contestación de la demanda todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso. La omisión de este deber se tendrá como indicio grave en su contra." (Negritillas y subrayas de la Sala).

Se observa que, en el momento de la notificación a la parte demandada, a través del señor Gobernador del Departamento, se hizo entrega, entre otros documentos, de copia del auto admisorio de la demanda, con lo que, válidamente, el Fondo se enteró de la orden contenida en la mencionada decisión, de aportar dentro de los 10 días siguientes los antecedentes administrativos. La entidad hizo caso omiso a tal disposición judicial.

A folio 46 se observa el escrito contentivo de la contestación de la demanda en donde el Ente territorial omite entregar las pruebas que tenía en su poder, dentro de las que se cuenta, sin lugar a dudas, la relación de pagos y descuentos

² Folio 42, numeral séptimo.

Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00005-01

realizados al pensionado. En esa medida y atendiendo el contenido del artículo 60 de la Ley 1395 de 2010, dicha circunstancia ha de entenderse como un indicio grave en contra del Departamento al igual que del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio quien presentó de manera extemporánea la contestación al libelo petitorio, lo que hace entender probado el pago de las mesadas y la afirmación contenida en la demanda que sobre las mesadas adicionales se está haciendo el descuento del 12% con destino al sistema de seguridad social en salud.

Finalmente, en consideración a que el actor solicitó el reintegro de los descuentos ante la administración el **30 de agosto de 2011** y que se le concedió la pensión mediante Resolución 044 del 25 de septiembre de 2006, se deja claro que en el presente asunto se configura el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas solicitadas con anterioridad al **30 de agosto de 2008**.

El contenido de la decisión.

Como consecuencia del anterior análisis argumentativo, procederá la Sala a modificar en este aspecto el numeral quinto de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reintegrar las sumas descontadas por concepto de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la mesada adicional de Diciembre de la pensión de jubilación del demandante a partir del **30 de agosto de 2008**, debidamente indexadas.

Costas.

En esta instancia no se condenará en costas a la parte vencida, por cuanto su conducta procesal no tipifica los presupuestos señalados en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1.998.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

Expediente No. 88-001-33-31-001-2012-00005-01

FALLA

PRIMERO: Modifíquese el Numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado único Administrativo de San Andrés Islas fechada el 14 de febrero de 2013.

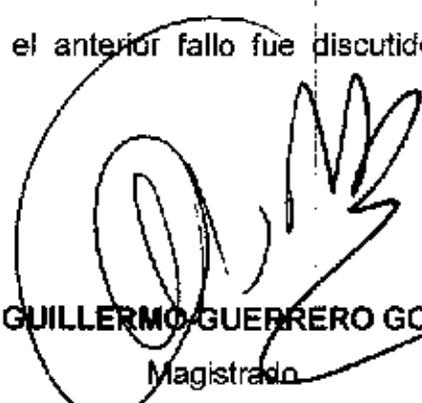
SEGUNDO: Ordénese a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reintegrar las sumas descontadas por concepto de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la mesada adicional de Diciembre (mesada 14) de la pensión de jubilación del demandante a partir del **30 de agosto de 2008**, debidamente indexadas acorde a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Sin condena en costas.

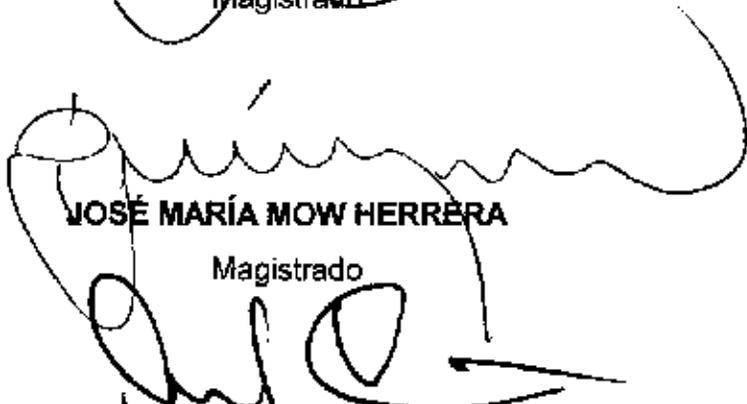
CUARTO: Remítase al Juzgado de origen previa las anotaciones a que halla lugar

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.



JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado



JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado



NOEMÍ CARREÑO CORPUS
Magistrada