

ORIGINAL

ORGANIZACIÓN
RIVEROS DÍAZ S.A.S.

ABOGADOS / DERECHO ADMINISTRATIVO

Avenida 19 No 3-10 Of. 402 Edif. Barichara Tel: 2843447 - 2436009 - Telefax: 3416917 Bogotá
E-mail: abogadosmagisterio@gmail.com www.abogadosmagisterio.com



M -ADIC 35.516.472

Señor
JUZGADO SEGUNDO (2º) ADMINISTRATIVO DE FACATATIVÁ.
E. S. D.

09 MAR 2020

REF: RADICADO: 25269333300220190015400
PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUZ ADELA GUERRA GARCIA
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

NELLY DÍAZ BONILLA, en mi calidad de apoderada de la parte demandante, de manera respetuosa me permito interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, contra la sentencia del 03 de marzo de 2020, con el fin de que el Honorable TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, la revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda como sigue:

1. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

1.1. SENTENCIA RECURRIDA

El JUZGADO, niega las pretensiones de la demanda, afirmando que los aportes realizados por la docente, para el sostenimiento de los servicios médico-asistenciales, fueron descontados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales en legal forma.

1.2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho a que se suspendan los descuentos por concepto de salud realizados en la(s) mesada(s) adicional(es) de junio y/o diciembre, y se reintegren las sumas que por dichos descuentos ha venido realizando la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la FIDUPREVISORA S.A.?

2. RAZONES PARA LA PROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES

La argumentación de la sentencia, (Que más que exposición de motivos, es un breve recuento normativo sobre los descuentos a mesadas adicionales), a la cual acude el Despacho para negar las pretensiones, configura, sin lugar a dudas, la vulneración a los derechos fundamentales ventilados a través de la demanda, por cuanto, en un claro desconocimiento del principio laboral de favorabilidad (Art 53 C.P), no sólo se aparta del precedente jurisprudencial que sobre la materia ha venido fijando la corporación (TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA), sino que además autoriza la aplicación de la reforma introducida por la Ley 812 de 2003, en cuanto al régimen de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, únicamente en los efectos que desfavorecen al docente pensionado. Escindiendo el régimen de forma tal, que el(a) hoy demandante (así como muchos docentes en sus circunstancias), ve menguada su mesada pensional, tanto por el aumento del 5 al 12%, como por los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, viendo mayor afectación o mengua en su mesada pensional, que la generalidad de los pensionados en Colombia.

En ese sentido, se evidencia cómo, en lugar de hacer una efectiva ponderación del inciso segundo y subsiguientes del artículo 81 de la ley 812 de 2003, se acude a una mixtura legal, insostenible, conforme la cual el legislador determinó que el régimen y monto de cotización de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO era el contenido en la ley 100 de 1993 y ley 797 de 2003, pero mantuvo vigente, la norma especial y contraria, a saber, el artículo 8° de la ley 91 de 1989. Complemento normativo, 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 el trabajo como valor y principio del Estado Social de Derecho, e impone una carga desproporcionada a los pensionados docentes, que no están en obligación de soportar, en virtud del principio de legalidad. Principio conforme al cual, no le es dable al Juez crear descuentos que no se encuentren expresamente contenidos en la Ley.

La Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2004, es clara en concluir que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio deberán a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, cancelar las cotizaciones previstas por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir en igualdad de condiciones que lo hace cualquier pensionado del régimen general integral de pensiones, cotizando solo el 12% en sus mesadas pensionales ordinarias y NO en las Adicionales (junio y Diciembre).

Es así que, al proferir la sentencia el Despacho incurrió en error, por cuanto, está negando la suspensión y devolución de los descuentos en salud, sobre las mesadas adicionales de mi mandante, correspondiente al 24%, **SOBREPASANDO** lo dispuesto por la Ley y en consecuencia efectuando Catorce (14) y/o Trece (13) descuentos con destino a salud, por Doce (12) meses de amparo médico asistencial al año, afectando los derechos de mi mandante, toda vez que al no hacer una interpretación sistemática, no sólo de las normas que prohíben éstos descuentos, sino además de los principios y preceptos constitucionales, deja a mi mandante en una situación de desprotección.

Debe decirse que la posición acogida por el Despacho en la sentencia en comento, dejó de lado la reforma constitucional de 1991 que acogió el modelo de Estado Social de Derecho en el que las garantías y derechos de las personas, especialmente los fundamentales, toman una importancia preponderante por lo que su protección debe ser asegurada por todas las autoridades públicas, administrativas o judiciales del país. Así, el inciso 2 del Artículo 2° de la Constitución Política, señala:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

De lo anterior, se colige que el fallador estaba en la obligación de proteger los Derechos Fundamentales de mi mandante a la Seguridad Social, Mínimo Vital, Suspensión y reintegro de los descuentos, dado que no existe norma o precepto legal que autorice un doble descuentos en las mesadas adicionales de junio y/o diciembre.

Resulta, en consecuencia, necesario acudir al artículo 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, sobre las cuales se soportaron los descuentos objeto de debate, que disponen:

"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".

"ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES 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".

"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." (Se resalta).

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, dado que así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deben contribuir con la cotización prevista en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En esas circunstancias, conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensonal como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (Se resalta).

Por lo anterior, resulta enteramente aplicable lo señalado en el parágrafo del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, al establecer que "...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".

EI H. CONSEJO DE ESTADO, EN PROVIDENCIA DEL 3 DE FEBRERO DE 2005, CONSEJERA PONENTE, DRA. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, ACTOR: ABEL TRUJILLO SÁNCHEZ, DEMANDADO: GOBIERNO NACIONAL, declaró nulo parcialmente el parágrafo de la citada norma con fundamento en:

"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." (Se resalta).

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 parágrafo 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..."

Mediante Sentencia de fecha 15 de junio de 2010 el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda- Subsección, radicado 2008-00770** manifestó lo siguiente:

"En atención a la normatividad citada, encuentra la Sala que no existe ninguna norma que faculte a la Fiduciaria La Previsora S.A, a realizar descuentos a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pues la Ley 91 de 1989, citada por la entidad en el oficio demandado y en la contestación de la demanda, en su artículo 8º sólo prevé los recursos que componen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que debe ser armonizada con las disposiciones legales señaladas, en especial con la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, que prohíben expresamente los descuentos sobre la mesada adicional de diciembre y respecto de la junio, siendo una mesada adicional, no puede gravarse con el 12% mensual que ya se efectúa con el respectivo mes porque equivaldría a descontar el 24% mensual".

En similar sentido lo ha señalado el **Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997, con ponencia del Doctor Augusto Trejos Jaramillo, así:**

"(...) 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 la 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.

Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993; habida cuenta de que ese ajuste se

estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste”.

“(…) 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 descuento para salud (…)
Negrilla fuera del texto”

Por lo anteriormente expuesto, están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda instaurada toda vez que se deberán restituir las sumas descontadas a mi poderdante, en las mesadas adicionales de diciembre, desde la fecha de reconocimiento de su estatus de pensionado(a).

3. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

1. El H. Consejo de Estado, en providencia del 3 de febrero de 2005, Consejera Ponente, Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Actor: Abel Trujillo Sánchez, Demandado: Gobierno Nacional, declaró nulo parcialmente el parágrafo de la citada norma con fundamento en:

“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.”

En el presente caso, con la sentencia acusada se está vulnerando el precedente judicial sentado por el H. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, a continuación se citan en orden cronológico, algunas de las sentencias que configuran esta línea jurisprudencial:

1. Mediante Sentencia de fecha 15 de junio de 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda- Subsección, radicado 2008-00770 manifestó lo siguiente:

“En atención a la normatividad citada, encuentra la Sala que no existe ninguna norma que faculte a la Fiduciaria La Previsora S.A, a realizar descuentos a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pues la Ley 71 de 1989, citada por la entidad en el oficio demandado y en la contestación de la demanda , en su artículo 8° sólo prevé los recursos que componen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que debe ser armonizada con las disposiciones legales señaladas, en especial con la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, que prohíben expresamente los descuentos sobre la mesada adicional de diciembre y respecto de la junio, siendo una mesada adicional, no puede gravarse con el 12% mensual que ya se efectúa con el respectivo mes porque equivaldría a descontar el 24% mensual.

3. En similar sentido lo ha señalado el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997, con ponencia del Doctor Augusto Trejos Jaramillo, así:

"(...) 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 la 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.

Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese ajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste".

Ahora bien, desde el punto de vista factico o de hecho NO pueden haber descuentos de 14 meses cuando son 12 meses de servicio y no siempre con adecuada cobertura y calidad, por cuanto los pensionados tienen que sufragar servicios privados o planes complementarios de salud.

(...) 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 descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objeto de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, en este caso, sería el valor de la mesada (...) Negrilla fuera del texto"

1. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN D, Sentencia del 15 de octubre de 2015, MP. JAIME HENRY RAMÍREZ MORENO, radicado: 25269-33-33-001-2013-00216-01:

"3.2- Descuentos para salud sobre las mesadas pensionales adicionales comienza el Despacho por señalar que los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud tienen el carácter de contribuciones parafiscales, y en tratándose de un gravamen que incide sobre la mesada pensional afectando su monto real, deben estar soportados en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, entre otros principios, que debe permear todo tributo. Tal apreciación ha sido reiterada la Corte Constitucional, v.gr. en la Sentencia C-430 de 2009, de la siguiente forma: "La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, y en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo." (C-430 de 2009).

Siguiendo los parámetros reseñados, corresponde al Juzgado establecer si los descuentos con destino a salud realizados sobre las mesadas pensionales adicionales (de junio y diciembre) tienen fundamento legal.

Encontramos que ya desde la ley 43 de 1984, norma que se ocupó de la clasificación de las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del Poder Público, el legislador natural tuvo a bien prohibir los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del decreto 1848 de 1969, es decir, el aporte para salud.

La ley 43 de 1984 así lo dispuso:

(...)Congruente con lo anterior el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso "sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho" (Subrayas por la Sala). De lo anterior se infiere con claridad que todo descuento no autorizado por el titular debe estar ordenado en la ley.

Bajo el mismo derrotero hallamos la interpretación hecha por el Consejo de Estado, en Concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997, con ponencia del doctor Augusto Trejos Jaramillo, en donde la Sala de Consulta y Servicio Civil, fue más amplia al señalar que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del 12% con destino a salud, porque respecto de la mesada de diciembre existe norma expresa que así lo prohíbe y en relación con la del mes de junio no hay norma que autorice deducción como aporte para salud.

(...)En el mismo sentido encontramos una norma más reciente, como lo es el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las leyes 71 y 79 de 1988, y que regula aspectos que tienen que ver con los descuentos a las mesadas pensionales, en cuyo artículo 1° estableció:

(...)Ahora, el artículo 8 de la ley 91 de 1989 establecía un aporte del 5% de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales, así: "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.**", (Negrillas fuera de texto original), pero esta disposición quedó subsumida y tácitamente derogada desde el 27 de junio de 2003 por efecto del artículo 81 de la ley 812 de 2003 – fecha de vigencia de esta ley - que extendió la aplicación de la ley 100 de 1993 a los docentes y les incrementó la cotización para salud al 12%, totalmente a su cargo, sin que en ninguna de sus disposiciones se refiriera a aportes para salud sobre las mesadas pensionales adicionales. Así lo dispuso la Ley 812 del 26 de junio de 2003: (...)

(...)De todo lo anterior infiere la Sala que, orientados por el principio de legalidad que debe caracterizar todo descuento para salud sobre las mesadas pensionales adicionales, como contribución parafiscal que son, echa de menos norma legal vigente que imponga en forma clara y expresa tal gravamen y no es posible inferirlo por vía de mera interpretación, pues como reza el generalizado axioma "donde la ley no distingue no le es dado al

intérprete distinguir" y de hacerlo erosionaría derecho subjetivos de la pensionados, protegidos por diferentes normas de la Constitución Política. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En el mismo sentido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "B", ha resuelto casos análogos v.gr. en la Sentencia del 2 de septiembre de 2010, con ponencia del Dr. César Palomino Cortés, proceso 2007-00473, demandante José Daniel Duque Herrera, demandado Fiduciaria La Previsora S.A, donde señaló: (...)

El mismo Tribunal Sección Segunda Subsección "B" en sentencia del 3 de mayo de 2012 expediente 2007-407 con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, confirmando una sentencia de este Juzgado, fallo:

(...)También lo hizo la misma Sala en sentencia del 22 de agosto de 2013, expediente 2010-00534 confirmando otra providencia de este Juzgado y reafirmando que la condena la debe cumplir la Fiduciaria la Previsora S.A."

3. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Sentencia del 11 de febrero de 2016, MP. Luis Gilberto Ortega Ortega, radicado: 11001-33-35-028-2012-00308-01:

5.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante le asiste derecho o no para reclamar de las accionadas, la devolución de los descuentos por salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

5.3 Tesis de la Sala. En el asunto sometido a estudio se confirmará la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de conformidad con las consideraciones que se pasan a estudiar.

5.4 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

(...)En consecuencia, observa la Sala que si bien es cierto que el numeral 5 del artículo 8 de la citada Ley 91 de 1989, contenido del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no solo en cuanto al porcentaje sino también respecto de la prohibición del descuento a las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.

Así las cosas, a partir del 27 de junio de 2003, se tiene como derogada la norma especial consagrada en el artículo 8 (numeral 5) de la Ley 91 de 1989, y a partir de esa fecha no resulta procedente efectuar descuentos por salud en las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

4. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN C, Sentencia del 12 de febrero de 2016, MP AMPARO OVIEDO PINTO, radicado: 25000-23-42-000-2014-04388-00:

"1.3.- Sobre los descuentos para el sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

(...)En atención a la normatividad citada, encuentra la Sala que no existe ninguna norma que faculte a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria la Previsora S.A., a realizar descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pues la ley 71 de 1988, en su artículo 8° sólo prevé los recursos que componen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que debe ser armonizada con las disposiciones legales señaladas, en especial con la ley 43 de 1984, el decreto 1073 de 2003 y la ley 1250 de 2008, que prohíben expresamente, los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales. En similar sentido lo ha señalado el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997"

5. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN D, Sentencia del 18 de febrero de 2016, MP CERVELEÓN PADILLA LINARES, radicado: 11001-33-35-024-2014-00303-01:

"2. Ahora, sobre los descuentos por salud que se efectúan tanto a la mesada 13 (junio) como a la 14 (diciembre), se puede establecer que la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 consagró en su artículo 7° que la mensualidad adicional de que trata el artículo 5° de la Ley 4ª de 1976 (diciembre) no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones. Así mismo, la Ley 43 del 12 de diciembre de 1984 indicó que tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional. Y en la Ley 100 de 1993, no se reglamentó ni estableció nada sobre los "descuentos" de las mesadas adicionales pensionales de que tratan los artículos 50 y 142 ibídem.

Finalmente, a través de Decreto 1073 de 2002 se reglamentaron las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regularon algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, y se estableció en el parágrafo del artículo 1° que respecto de las deudas o créditos que contraen los pensionados a 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 éste concepto, no es viable ejecutar descuentos sobre las mesadas adicionales trece (13) y catorce (14), porque así expresamente lo dispuso el legislador.

3. En tal sentido, por ejemplo, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 3 de febrero de 2005, al estudiar una demanda de nulidad objetiva contra ésta disposición, declaró nulo el aparte relacionado con la prohibición de los descuentos respecto de la mesada de junio al considerar que sobre la mesada del mes de junio, 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.

De lo anterior se desprende que, conforme a la normatividad vigente, no es posible afectar con descuentos las deudas o créditos que contraen los pensionados a 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 cuotas mensuales, la mesada adicional de diciembre, en tanto, que si es procedente hacer dichos descuentos respecto de la mesada adicional de junio.

4. Pese a lo anterior, se tiene que la Sala de Consulta y de Servicio Civil el 16 de diciembre de 1997 emitió el concepto No. 1064 con ponencia del Dr. Augusto Trejos Jaramillo expresando:

(...)Por lo tanto, se concluye que no se podrá efectuar descuento del 12% a las mesadas adicionales de junio ni a la de diciembre, conforme al artículo 7° de la Ley 42 de 1982 y artículo 5° de la Ley 43 de 1984 y según los lineamientos conceptuados por la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado, toda vez que se estaría haciendo un descuento del 24% afectando la pensión, por lo tanto, le asiste derecho a la demandante a que se le reintegren los dineros descontados, tal y como lo dispuso el a quo en la sentencia de primera instancia."

6. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN D, Sentencia del 17 de marzo de 2016, MP CERVELEÓN PADILLA LINARES, radicado: 25899333300120150023000:

(...)“Por lo tanto, se concluye que no se podrá efectuar descuento del 12% a las mesadas adicionales de junio ni a la de diciembre que reclama la demandante, conforme al Artículo 7° de la Ley 42 de 1982 y artículo 5° de la Ley 1984 y según los lineamientos conceptuados por la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado, toda vez que se estaría haciendo un descuento del 24% afectando la pensión, por lo tanto, le asiste derecho a la demandante a que se le reintegren los dineros descontados desde el 31 de mayo de 2011, fecha en la que adquirió su status de pensionada y por la no operancia de la prescripción trienal de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; tal y como lo dispuso el a quo en la sentencia de primera instancia.”

7. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN D, Sentencia del 19 de abril de 2016, MP LUIS ALBERTO ALVAREZ PARRA, radicado: 11001333501120150011300:

“La Ley 100 de 1993 en su artículo 142 estableció la mesada pensional adicional de junio, y además indicó que los pensionados seguirían devengando la mesada pensional adicional de diciembre.

Frente a este asunto, es decir, descuentos por aportes para salud, no existe disposición alguna que permita aplicar dichos descuentos en relación con las mesadas adicionales (13) y catorce (14), así lo indicó la Sala de Consulta y de servicio Civil el 16 de diciembre de 1997 al emitir concepto No. 1064 con ponencia del Dr. Augusto Trejos Jaramillo expresando:

“(…) En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce (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 del mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente

6 51

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 el veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses."

Del análisis anterior, es dable concluir que no se puede efectuar descuento del 12% a la mesada adicional de diciembre conforme al artículo 7° de la Ley 42 de 1982 y el artículo 5° de la Ley 43 de 1984, según los lineamientos del precedente jurisprudencial transcrito."

8. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN D, Sentencia del 26 de abril de 2016, MP LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA, radicado: 25269-33-33-001-2014-00875-01:

"Respecto de los descuentos realizados sobre las mesadas pensionales adicionales de diciembre y junio, se tiene que el artículo 5° de la Ley 4ª de 1976, creó la mesada pensional adicional de diciembre para los pensionados de cualquier orden, la cual quedó exenta de los aportes para salud de conformidad con el mandato del artículo 7° de la Ley 42 de 1982, que estableció "La mensualidad adicional de que trata el artículo 5 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.", aspecto que se mantuvo en el artículo 5° de la Ley 43 de 1984, pues esta norma dispuso que: "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 3° del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco se podrá hacer descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional".

Luego, la Ley 100 de 1993 en su artículo 142 estableció la mesada pensional adicional de junio, y además indicó que los pensionados seguirían devengado la mesada pensional adicional de diciembre.

Por otro lado, el Decreto 1073 de 2002, reglamentario de las Leyes 71 y 79 de 1988, en su artículo 1° dispuso la obligación que tienen las entidades administradoras o pagadoras de pensiones de efectuar los descuentos de ley, y en el párrafo del mismo artículo se consagró que "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.", norma que fue declarada parcialmente nula por el H. Consejo de Estado, mediante Sentencia el 03 de febrero de 2005, respecto del aparte relacionado con la prohibición de los descuentos de la mesada 14, esto es la de junio, con la siguiente consideración:

(...)Lo anterior no quiere decir que al excluirse de la disposición la prohibición para hacer descuentos respecto de la mesada adicional del mes de junio, prevista en el párrafo del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, haya surgido la autorización para hacer deducciones por concepto de cotización de salud, pues la norma objeto del fallo de nulidad se refería a la prohibición de hacer dichos descuentos pero solo en relación con las cuotas sindicales, gremiales, de cooperativas, o cajas de compensación, más no respecto de los aportes para salud.

Frente a este asunto, es decir, descuentos por aportes para salud, no existe disposición alguna que permita aplicar dichos descuentos en relación con las mesadas adicionales trece (13) y catorce (14). Así lo indicó la Sala de Consulta y de Servicio Civil el 16 de diciembre de 1997 al emitir el concepto No. 1064 con ponencia del Dr. Augusto Trejos Jaramillo expresando:

(...)Del análisis anterior, es dable concluir que no se puede efectuar descuento del 12% a las mesadas adicionales de junio y diciembre conforme al artículo 7° de la Ley 42 de 1982 y el artículo 5° de la Ley 43 de 1984, según los lineamientos del precedente jurisprudencial transcrito”

9. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN C, Sentencia del 30 de junio de 2016, MP CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL, radicado: 11001333502220150044401:

“En el presente caso se demostró que a la demandante se le reconoció pensión de jubilación por medio de la Resolución No. 4811 del 09 de diciembre de 2009 y la parte demandada no discute haber efectuado descuentos sobre las mesadas adicionales de diciembre, por el contrario, afirma que dichas mesadas se encuentran sometidas a los descuentos por aportes o cotizaciones por salud, sin excepción alguna.

Por lo tanto, se puede afirmar que sobre la mesada adicional de diciembre se le han hecho descuentos para salud, y como se analizó, el descuento sobre esta mesada no tiene fundamento jurídico en una norma que así lo autorice, por lo tanto, tales descuentos son ilegales y constituye una causal de nulidad del acto administrativo demandado, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 7° de la Ley 42 de 1982 y 5° de la Ley 43 de 1984, respecto de la mesada adicional de diciembre.

Así bien la Sala comparte lo expuesto por el A quo en cuanto ordenó el reintegro de los aportes descontados para salud (...)”

10. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “D” Sentencia del 04 de agosto de 2016, MP CERVELEÓN PADILLA LINARES, radicado: 25269333300120140100301:

Revoca la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Administrativo de Facatativá, el 09 de diciembre de 2015, que negó las Pretensiones de la Demanda:

“...Sobre los descuentos por salud que se efectúan en la mesada adicional que aquí reclama la actora, se puede establecer que la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982, consagró en su artículo 7° que de la mensualidad adicional de que trata el artículo 5° de la Ley 4 de 1976 (Diciembre), no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones. Así mismo, la Ley 43 del 12 de diciembre de 1984, indicó que tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional. Y en la Ley 100 de 1993, no se reglamentó ni estableció nada sobre los “descuentos” de las mesadas adicionales pensionales de que tratan los artículos 50 y 142 ibídem.

Posteriormente, a través de Decreto 1073 de 2002 se reglamentaron las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regularon algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales

en el régimen de prima media, y se estableció en el parágrafo del artículo 1° que respecto de las deudas o créditos que contraen los pensionados a 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 afiliación y de las cuotas mensuales por éste concepto, no es viable ejecutar descuentos sobre las mesadas adicionales trece (13) y catorce (14), porque así expresamente lo dispone el legislador..."

En virtud de los pronunciamientos judiciales anteriores, resulta ostensible que el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA con la sentencia acusada, desconoció el precedente Jurisprudencial que en materia de descuentos para salud en mesadas adicionales se ha desarrollado, configurando la causal específica de procedibilidad.

4. PETICIÓN

Por lo expuesto Señores Magistrados, **SOLICITO QUE SEA REVOCADA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

Cordialmente,



NELLY DÍAZ BONILLA
C. C. No. 51.923.737 de Bogotá.
T. P. No 278.010 del C. S. de la J.