



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA –
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 14 de abril de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00385-00

Demandante: Rosalba Navas de Avila

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

Tema: Descuentos en Salud mesada adicional

Sentencia No.27

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, escuchados los alegatos de las partes, no evidenciando nulidad que vice lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de la referencia teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

- 1.- Solicita se declare la existencia y la nulidad del acto ficto constituido el 16 de agosto de 2019 con ocasión a la petición presentada el día 16 de mayo de 2019 ante el Ministerio de Educación de educación.
- 2.- A título de restablecimiento y derecho se ordene el reintegro de todos los descuentos del 12% realizado con destino a la salud, sobre la mesada adicional de diciembre, así como suspender el mencionado descuento.
- 3.- La anterior suma se entregará indexada conforme con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., el cumplimiento al fallo en los términos previstos en los artículos 192 y ss de la Ley 1437 de 2011.
- 4.- Se condene en costas a la parte demandada.

Concepto De Violación: Citó como normas violadas los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58 de la Constitución Política, la ley 4 de 1966 y su decreto reglamentario 1743 de 1966, ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, ley 91 de 1989, decreto 1073 de 2003, ley 1250 de 2008 y 812 de 2003 art. 81.

Señala que el incremento de los aportes en salud conforme el artículo 81 de la ley 812 de 2003 los obliga a asumir la totalidad de los aportes de la cotización del 12%, toda vez que la norma remite a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. De esta forma el incremento de la cotización y su remisión a la Ley 100, no es otra que la derogatoria del numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, razón por la que resulta aplicable lo señalado en el artículo 1º 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. De igual manera aporta extractos de jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado, los cuales no avalan los descuentos por concepto de salud de las mesadas adicionales por cuanto al realizar el descuento en la mesada adicional se descontaría el 24%.

Contestación de la demanda. El apoderado del **Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG**, contesto la demanda, sin embargo, al revisar el escrito se refiere a un tema diferente al planteado en el escrito de demanda.

Alegatos de Conclusión

Por la parte demandante: El apoderado de la parte demandante, alegó de conclusión, reiteró los argumentos expuestos en la demanda, para lo cual citó nuevamente la normatividad aplicable e indicó: que los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud tienen el carácter de contribuciones parafiscales; máxime que es un gravamen que incide sobre la mesada pensional afectando su monto real, deben estar soportados en una ley que así lo establezca, esto en virtud del principio de legalidad.

Por otra parte, indico que 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” De lo anterior se infiere con claridad que todo descuento no autorizado por el titular debe estar ordenado por la ley. Ahora bien, 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: (....) El 5% de cada mesada pensional que pague el fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

La anterior disposición quedo 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 incremento la cotización para salud al 12%, totalmente a su cargo, sin que en ninguna de sus disposiciones se refiera a aportes para salud sobre las mesadas pensionales adicionales.

No resulta claro que, a los afiliado al Fomag(docentes) se les esté aplicando en la actualidad el 12% en lo que se refiera a la cotización, conforme a la ley 100 de 1993, pero en materia de los descuentos en salud en las mesadas adicionales les apliquen la ley 91 de 1989. Lo cual demuestra que, a este grupo de afiliados al FOMAG, se les está aplicando la ley de manera parcializada, desconociendo el principio de inescindibilidad de la norma y el principio de favorabilidad.

Por la parte Demandada: La Nación –Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, presentó alegatos de conclusión solicitando que la sentencia sea acorde con la normativa y la jurisprudencia por cuanto en el presente caso los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se encuentran en virtud de la Ley 91 de 1989, numeral 5º, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la entidad encargada de descontar el 5% de cada mesada pensional cancelada a un docente, inclusive sobre las mesadas adicionales. Señala igualmente, la Ley 812 de 2003, artículo 81, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, y el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, para concluir que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, era la Ley 91 de 1989, la cual en el numeral 5º de su artículo 8 que señala el referido descuento.

Finalmente, indica que al encontrarnos con un régimen exceptuado que tiene una norma especial que lo regula y que debe ser aplicado en su integridad, resalta que Ley 91 de 1985 faculta al Fondo a hacer descuentos en salud para financiar la prestación del servicio médico asistencial, la cual fue aumentada para los afiliados a dicho fondo del 5% al 12% mediante la expedición de la Ley 812 de 2003.

Vencido el término concedido el Ministerio Público, guardo silencio.

Problema jurídico El problema jurídico consiste en establecer si es procedente declarar la nulidad del acto demandado por la derogatoria del inciso 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989 por parte del inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 el cual remite a la ley 100 de 1993 el tema de los descuentos en salud y la aplicabilidad del párrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002 en donde se prohíbe descuento alguno sobre **las mesadas pensionales adicionales del régimen de prima**

media o si por el contrario, como lo señala la entidad demandada, es procedente realizar los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales conforme con el inciso 5° del artículo 8 de la ley 91 de 1989 porque el inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 solo reguló el valor total de la tasa de cotización por parte de los docentes afiliados al Fondo Nacional a la suma de aportes que para salud e establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, sin modificar la obligación de los afiliados a aportar sobre las mesadas adicionales.

Solución al problema jurídico: es procedente declarar la nulidad del acto demandado dado que la interpretación más acorde con la Constitución Política, especialmente con el derecho a la igualdad es la de que en el ejercicio de la autonomía legislativa la Ley 812 de 2003 determinó la regulación de la cotización en salud sobre las mesadas ordinarias mas no sobre las mesadas adicionales las cuales son una prestación separable del sistema especial razón por la que la prohibición del régimen general es aplicable también a los docentes de conformidad con la ley 43 de 1984 y el artículo 1 del decreto 1073 de 2002.

Hechos probados

.- Resolución de reconocimiento pensional No.2571 de 28 de junio de 2006 como docente nacional que cumplió su estatus de jubilado a partir del 20 de enero de 2006, calculado sobre el equivalente al 75% del salario mensual devengado durante el último año de servicios (fl.19)

.-Petición de devolución de descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, radicada el 16 de mayo de 2019 ante el Ministerio de Educación Nacional (fl.27).

.-Extracto de pagos en donde se evidencia los descuentos del 12% por salud sobre las mesada adicional de diciembre (fls.33- 37)

Disposición normativa, estudio sobre la violación al derecho a la igualdad y, la prohibición del régimen general de realizar cualquier descuento sobre las mesadas adicionales tal como se dispone en el parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002

El artículo 8° de la Ley 91 de 1989 posibilita la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales.

No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementa la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados quienes asumen la totalidad de la cotización del 12%, toda vez que la norma remitió el asunto a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

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

En esas circunstancias, señaló la Corte que no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización en salud.

El interrogante que subsiste es si la norma debió o no prever una regulación igual que en el régimen general que prohíbe descuento alguno sobre las mesadas pensionales adicionales (parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002¹)

¿Hubo una presunta omisión legislativa? ¿el Congreso tenía la obligación de establecer para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que se han regido por un régimen de seguridad social específico, un mecanismo idéntico que prohíba descuento alguno sobre las mesadas adicionales tal como lo ordena el artículo 1 del decreto 1073 de 2002 establecido para los pensionados del régimen general de seguridad social?

El demandante considera que la ley tiene que tratar de la misma manera a los pensionados del sistema general y a los pensionados del régimen especial docente, por esta razón el incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tiene como efecto la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989.

La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.

El respeto por los derechos adquiridos reviste aún mayor fuerza en tratándose de derechos laborales, pues el trabajo y la seguridad social gozan de una especial protección por parte de la Carta. Por este motivo, es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general.

Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, **que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubija.** Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta²

Un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente la Corte ha señalado que un régimen de

¹ **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.

Art. 50. 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

Art. 142 Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> 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, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, 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.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.

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.

² Sentencia C-461 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamentos 4 y 5. Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999 y C-080 de 1999.

seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio. Por ello, ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. **Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos.** Y por ello se ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica³. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social.

Sin embargo, la Corte ha precisado que lo anterior no significa que sea imposible formular cargos de igualdad por eventuales discriminaciones que hayan podido ser ocasionadas en un régimen especial. Y precisamente con ese criterio, por ejemplo la sentencia C-461 de 1995 condicionó la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues consideró que esa norma, al exceptuar a los docentes del régimen de seguridad social general, había excluido a algunos pensionados afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la mesada adicional, sin prever para esos docentes un beneficio igual o equivalente a la dicha mesada adicional, lo cual era discriminatorio.

En principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a las otras prestaciones. Por ejemplo, la concesión de un tratamiento médico para ciertas dolencias puede, en muchos casos, no ser separable del conjunto de prestaciones previstas para la salud, por cuanto el régimen provee en general un paquete general de servicios. Así, el régimen de salud de un régimen especial puede ser globalmente superior, aunque sea menos benéfico en relación a un determinado servicio concreto, sin que por ello exista violación a la igualdad. **Pero en cambio, la mesada pensional adicional o la pensión de sobreviviente del cónyuge supérstite gozan de suficiente autonomía para ser consideradas prestaciones individualizables y separables del conjunto del sistema pensional, por lo cual ha sido procedente en tales eventos un examen específico de una eventual violación a la igualdad, debido a una regulación distinta en el sistema general de seguridad social y en los regímenes especiales.**

Análisis interpretativo

En el ejercicio de la autonomía legislativa la Ley 812 de 2003 determinó la regulación de la cotización en salud

La ley 42 de 1982 art. 7 excluyó expresamente de todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre así: art. 7 la mensualidad adicional de que trata la ley 4ª de 1976 no será objeto de

³ er, entre otras, las sentencias C-1032 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999, Fundamento 3, C-080 de 1999 y T-348 de 1997.

descuento alguno ni para las organizaciones gremiales ni para las entidades encargadas del pago de pensiones.

La ley 43 de 1984 reiteró la prohibición en el art: 5 a los pensionados a que se refiere la 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 la mensualidad adicional.

Luego la ley 91 de 1989 se dispuso la administración y pago de las pensiones y la administración y prestación del servicio médico de salud de todos los docentes sin excepción alguna a cargo del fondo nacional de prestaciones sociales del Magisterio así: art. 8 el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio estará constituido por los siguientes recursos (...) 5.- el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales como aporte de los pensionados (...)"

El decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecida en la ley 100 de 1993, se excluyó a las mesadas adicionales de los aportes en salud.

Art. 1 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 las pensiones deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentarios. Dichos descuentos se realizarán previo 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 las mesadas adicionales.

El inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 señala artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales ... **El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensión establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones..."

El acto legislativo 01 de 2005 señala que el régimen pensional docente es el establecido por las normas anteriores a la expedición de la ley 812 de 2003 y el artículo 81 señala:

Parágrafo transitorio. 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 desvinculado 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.

A todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio se les incremento el monto de la cotización al sistema de salud del 5% al 12% del artículo 204 de la ley 100 de 1993, posteriormente se elevo al 12.5% conforme con ley 1122 de 2007 y del 12% según la ley 1250 de 2008.

Luego se debe dar aplicación a las reglas de cotización de la ley 100 de 1993 y no solo al porcentaje de cotización de salud, pues la disposición señala, que **el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensión establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**.

La ley 91 de 1989 es una disposición especial y hace parte del ordenamiento jurídico, al igual que la ley 812 de 2003 que remite el tema de la cotización a la ley 100 de 1993 luego es legítimo que el legislador en su libre configuración legislativa hubiera determinado para ellos realizar los descuentos en salud en los términos de la ley 100 de 1993 excluyendo las mesadas adicionales para este grupo de pensionados por no existir una norma que lo autorice dado que 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 ibidem.

Así las cosas, se debe entender que los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud los cuales tienen el carácter de **contribuciones parafiscales**, solamente se pueden hacer sobre las mesadas ordinarias puesto que existe una prohibición de cualquier descuento sobre las mesadas adicionales en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002.

Los aportes al sistema de salud por ser un gravamen que incide sobre la mesada pensional debe estar ordenado de manera clara en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, que debe permear toda contribución.

Tal apreciación ha sido considerada por la Corte Constitucional en 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).*

Estimamos que hubo una derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 razón por la que, para el tema en estudio, debe darse total aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y, como quiera que el objeto de la disposición normativa fue establecer una contribución uniforme para todos los pensionados es entendible que dicha contribución sea sobre la mesada ordinaria, mas no sobre las mesadas adicionales, luego la prohibición del régimen general establecido en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 es aplicable a los docentes.

Para el despacho es dable entender que si el legislador quiso establecer una misma contribución parafiscal para los pensionados esto ha sido **en virtud del principio de igualdad** frente a una población con características similares, en este caso, los pensionados del régimen general frente a los pensionados docentes, **desarrollado por el principio de equidad con el cual se pondera la distribución de las cargas** o la imposición de gravámenes **entre los contribuyentes de similares características** para evitar que haya cargas excesivas, que afecte como en este caso directamente el goce de un derecho fundamental, el cual debe ser un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible.

Referente a este tema la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que no es procedente efectuar descuento alguno a las mesadas adicionales de junio y diciembre por las siguientes razones: ⁴

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del Dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1064 Posición reiterada en del 11 de marzo de 2010 con radicación No. 11-001-03-06-000-2010-00009-00 Consejero Ponente William Zambrano Cetina

“..Es de anotar que la Sala se pronunció acerca de la supresión del pago adicional de junio en relación con los docentes oficiales, mediante el Concepto No. 1857 del 22 de noviembre de 2007, razón por la cual, en esta ocasión, se remite a lo allí expresado sobre el particular.

Ahora bien, en cuanto a las cotizaciones, la ley 100 de 1993 establece en el artículo 204 lo siguiente:

“Artículo 204.- Monto y distribución de las cotizaciones. - Inciso primero, modificado por el artículo 10 de la ley 1122 de 2007.- La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero puntos cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero puntos cinco por ciento (0,5%). Inciso segundo.

-

Inciso adicionado por el artículo 1° de la ley 1250 del 27 de noviembre de 2008.- La **cotización mensual** al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, (la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008)⁵.

Inciso segundo original de la ley 100/93.- Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995. (...)” (Resalta la Sala).

En el punto que interesa a la consulta, se observa que el inciso adicionado por la ley 1250 de 2008 dispone que la cotización **mensual** de los pensionados es del 12% **de la respectiva mesada pensional**, con lo cual se advierte que esta cotización se descuenta de las mesadas pensionales ordinarias, esto es, las que se pagan por las mensualidades del año, no por la mensualidad adicional de diciembre o el pago adicional de junio.

En otras palabras, la cotización del 12% del mes de **junio**, por ejemplo, se toma “de la respectiva mesada pensional”, como dice la norma, es decir, de la mesada de junio, de la mesada correspondiente a ese mes, **no del pago adicional de junio**, para el caso de los pensionados que dentro del régimen pensional analizado, tienen derecho a este pago.

Lo mismo sucede con la cotización de **diciembre**, ésta se descuenta sobre la mensualidad pensional **ordinaria de diciembre**, no sobre la mensualidad **adicional** que se paga en ese mes.

El artículo 27 del Código Civil⁶ establece como criterio de interpretación jurídica la literalidad de la norma cuando es clara, como sucede en el presente caso, ya que el inciso adicionado al artículo 204 de la ley 100 de 1993 por el artículo 1° de la ley 1250 de 2008, que es la norma aplicable a los docentes del segundo régimen pensional, conforme a lo explicado, establece que la cotización mensual para salud de los pensionados se toma de la respectiva mesada pensional, esto es, **de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional.**

⁵ La parte entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-430 de 2009, con efectos desde el 27 de noviembre de 2008.

⁶ Código Civil.- “Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)”.

La disposición emplea las expresiones “mensual” para calificar a la cotización y “respectiva” para referirse a la mesada pensional, con lo cual está haciendo alusión evidentemente a la cotización que se paga ordinariamente en el mes, no se refiere en ningún momento, a cotizaciones derivadas del pago o la mensualidad adicionales que existen en los meses de **junio y diciembre**, según el caso, pues si así fuera lo hubiera dicho y no habría utilizado las mencionadas expresiones....”

Ahora bien, 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 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** dispuso:

“ARTICULO 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.

Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley.”

Mediante el Decreto 1073 de 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, y se regulan aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, así:

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

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

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

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

Este artículo fue declarado nulo parcialmente por el H. Consejo de Estado, en la Sentencia de fecha 3 de febrero de 2005 **y se dispone solo respecto a la mesada adicional gobernada por el artículo 142**

de la Ley 100 de 1993 (la del mes de junio).⁷

A su vez, el artículo 16 del Decreto 732 de 1976 reglamentario de la Ley 4ª de 1976 señalaba que para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación y un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria.

El artículo 7º de la Ley 42 de 1982 “*Por la cual se determinan los Grados de las Organizaciones Gremiales de los Pensionados y se dictan otras disposiciones*” prohibió todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, tanto a las organizaciones gremiales, como a las entidades encargadas del pago de pensiones⁸. Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984⁹.

Nuestro órgano de cierre en los citados pronunciamientos ha estimado improcedentes los descuentos por concepto en salud en las mesadas adicionales, de junio y diciembre, previstas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, criterio que acoge este Despacho puesto que la voluntad del legislador fue regular “... **El valor total de la tasa de cotización** por los docentes afiliados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003...” **resaltando que el legislador no señala el valor parcial de la tasa de cotización para ser completada por otra disposición normativa** y entendiendo que la tasa de cotización es realizada en la pensión **de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional**, tal como lo interpretó la Sala de Consulta y Servicio Civil

Según la Real Academia Española de la lengua la palabra TOTAL viene del latín mediev totalis, y este derivado el latín totus ‘todo entero’ y significa el Resultado de una suma u otras operaciones; así las cosas consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG.

Caso concreto

Se encontró probado que mediante Resolución No. 2571 de 28 de junio de 2006 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a la demandante pensión de jubilación a partir del 21 de enero del 2006 (fl17.19).

La demandante elevó petición ante el Ministerio de Educación el 16 de mayo de 2019 solicitando el reintegro de los descuentos de la mesada adicional de diciembre y, su no cobro por improcedencia legal folio 27 del expediente.

A folios 33-37 del expediente encontramos un extracto de pagos de la demandante en donde se observa que se realizan el descuento sobre la mesada adicional de diciembre para los aportes en salud.

⁷ ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará **con la mesada del mes de junio** de cada año, a partir de 1994.

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

⁸ARTÍCULO 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.*

⁹ “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*”.

Consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG, adicionalmente, siendo una prestación separable del sistema está prohibido en los términos del artículo 1 del decreto del decreto 1073 de 2002 realizar algún tipo de descuento.

En consecuencia, se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, suspender los cuestionados descuentos en salud y restituir las sumas descontadas en las mesadas adicionales por concepto de salud, teniendo en cuenta la correspondiente prescripción que se describe a continuación.

Prescripción En lo concerniente a la prescripción trienal de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, respecto al reintegro de los valores descontados por concepto de salud en las mesadas adicionales de la demandante, se evidencia que la pensión de la demandante fue reconocida a partir del 21 de enero de 2006 y que elevó solicitud de devolución de los aportes efectuados a las mesadas adicionales el 16 de mayo de 2019 (fl.27), habiendo transcurrido más de tres (3) años entre el reconocimiento pensional y la solicitud de reintegro y cesación de descuentos por salud.

Atendiendo que con la radicación de la petición elevada a la entidad demandada se interrumpen los términos prescriptivos, partiremos en el conteo de los términos del **16 de mayo de 2019**, ordenando el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de la mesada adicional de diciembre a partir del **16 de mayo de 2016** por prescripción de los descuentos realizados con anterioridad a esa fecha.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las suma que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R= RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de los descuentos mencionados desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago¹⁰.

La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 197 del C.P.A.C.A. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del citado artículo.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. El numeral 4º del artículo 366 del CGP,

¹⁰Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.

aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado¹² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.¹³

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho además de no evidenciar carencia en el fundamento legal al momento de proferir el acto.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. - DECLARAR la nulidad del acto ficto constituido el 16 de agosto de 2019 con ocasión a la petición presentada el día 16 de mayo de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR a la Nación - Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG**, la **suspensión** de los descuentos de salud sobre la mesada adicional de diciembre de la señora **ROSALBA NAVAS DE AVILA** identificado con cédula de ciudadanía

¹¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

¹³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley" Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Proceso No. 1100133350172019-385
Demandante: Rosalba navas de Avila
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fomag

No.41.504.631, así como **el reintegro de tales aportes** a partir de la mesada adicional de diciembre de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva.

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia y, en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. a no ser que se dé el supuesto señalado en el inciso 4 de dicha normatividad.

TERCERO. - El cumplimiento de la sentencia es de conformidad con los artículos 192 y ss Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

CUARTO. - **SIN COSTAS** en esta instancia por las razones expuestas

QUINTO. - **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: RECONÓZCASE personería como apoderada sustituta de la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Dra. MAIRA ALEJANDRA PACHON FORERO, identificada con cédula de ciudadanía No.1.070.306.604 y tarjeta profesional No. 296.872 del C.S. de la J.

SÉPTIMO: En firme esta sentencia, por la Secretaría **COMUNICAR** su contenido a la entidad condenada para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011) así mismo, se autoriza desde ahora la expedición de copia del fallo en los términos del numeral artículo 114 del C.G.P. si alguna de las partes lo solicita y se ordena el **ARCHIVO** de las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

DRBM

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **09f95edd6d577d6f40300ef8803a6658eaf7991c5a9686f41480b47cc0d91a64**
Documento generado en 14/04/2021 11:34:57 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>