



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

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.

Acta No.211 DE 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2016-00003 00
Demandante: Miguel Andrés Cárdenas Malagón
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Tema: Devolución de descuentos en salud – Docente
Sala. 38

En Bogotá D.C., a los veintitrés 23 días del mes de noviembre del año 2018, siendo las nueve de la mañana (09:00 am), la suscrita Juez 17 Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente **AUDIENCIA INICIAL** prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Miguel Andrés Cárdenas, en el radicado 110013335-017-2016-00003-00, en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. PRELIMINARES

Presentación de las partes intervinientes:

- 1. Apoderado de la demandante:** Porfirio Riveros Gutiérrez apoderado principal (Fl.1), otorgó poder de sustitución al Dr. Nelly Díaz Bonilla quien sustituyó a la **Dra. Blanca Lucia Carvajal Valero** con C.C. 52.036.311 y T.P. 251.762 del C. S. de la J. a quien se le reconoce personería jurídica de conformidad con el poder que aporta. Autoriza notificaciones al correo electrónico: abogadosmagisterio.notif@yahoo.es
- 2. Apoderado del Ministerio de Educación:** Diana Maritza Tapias apoderada principal (Fl.63) otorgó poder de sustitución al Dr. Jeysson Alirio Chocontá con C.C. 1.033.706.367 y T.P. 271.763 del C.S. de la J. a quien se le reconoce personería jurídica de conformidad con el poder que aporta. Autoriza notificaciones al correo electrónico: gerencia@aintegrales.co.

Se deja constancia de la no asistencia del Ministerio Público Dr. Álvaro Pinilla Galvis Procurador 87 Judicial I.

(Min.00.12.49) Se reconoce personería jurídica mediante **auto de sustanciación No.889**. Se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Saneamiento (Min.00.19.25)

El despacho no observa irregularidades en el procedimiento efectuado hasta esta instancia o vicios que contengan una nulidad que deba ser declarada de oficio.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No 1473** y se notifica en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Excepciones (Min. 00.22.23)

Dentro del término de traslado, **Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** propone como excepción i) falta de legitimidad por pasiva ii) inexistencia de la obligación y iii) prescripción.

Referente a la **Falta de legitimación por pasiva**. El Ministerio de Educación considera que no es la llamada a responder por las pretensiones de la presente actuación teniendo en cuenta que no es la encargada de realizar los descuentos en salud del 12%. Señala que es la Secretaría de Educación de la entidad territorial correspondiente quien realiza los proyectos de resolución correspondientes y, de otra parte es el Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio quien realiza los descuentos objeto de la demanda a través de la Fiduprevisora.

Solicitó como petición especial, la integración del contradictorio con la Secretaría de Educación encargada de proferir el acto administrativo, pues sería la entidad responsable de responder en caso de proferirse una sentencia condenatoria.

Corrido el traslado de las excepciones propuestas, la parte actora, guardó silencio.

Para resolver, observa el Despacho que conforme con el artículo 9º de la Ley 91 de 1989 y 56 de la Ley 962 de 2005 las prestaciones sociales que paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconocen por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, función que si bien se ha delegado en las entidades territoriales, se ejerce en todo caso en nombre y representación del mencionado Fondo.

Aunado a lo anterior, respecto de la función desarrollada por las Secretarías de Educación, en reciente pronunciamiento el H. Consejo de Estado¹, ha establecido que éstas únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o improbadado por la entidad fiduciaria y es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el obligado a efectuar o materializar el pago que de la suscripción del acto emane, reiterando la interpretación de nuestro órgano de cierre, consistente en que en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.

Esto, ya que las con secuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en la secretarías de educación territoriales de los entes certificados, radican única y exclusivamente en la Nación–Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.²

Así las cosas, el Despacho concluye que en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio el responsable de los descuentos en salud de las mesadas adicionales y, su representación está a cargo del Ministerio de Educación Nacional, razón por la que no es procedente la vinculación de la secretaria de educación.

Respecto a la excepción de prescripción, esta se resolverá una vez se establezca la procedencia de la pretensión anulatoria y referente a la denominada *inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, por tener* relación directa con el fondo del asunto se resolverá en la sentencia.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio N.1474. y se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

¹ En sentencia calendada 1º de febrero de 2018, Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado radicación No. 73001-23-33-0002013-00181-01(2994-14) con ponencia del Dr. William Hernández

² Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez, 26 de abril de 2018, Auto Interlocutorio N° O-087-201.

II. FIJACIÓN DEL LITIGIO (Min.00.48.11)

Dentro del término de traslado, conforme con las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A, la entidad demandada aceptó como ciertos el hecho 1, respecto a que la accionante laboró como docente y frente al hecho 6 señala ser parcialmente cierto como quiera que el Derecho de petición no se radicó ante el Ministerio de Educación. (Fl. 66)

Pretensiones de la demanda (Fl.10 y 25)

1. Se declare la existencia y nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo de 19 de marzo de 2014 con ocasión al derecho de petición el **19 de diciembre de 2013** ante la Secretaria de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre.
2. A título de restablecimiento y derecho se condene a la accionada, para que ordene a la Fiduprevisora el reintegro de todos los descuentos del 12% realizado, con destino a la salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre desde la adquisición de su status, esto es, el **19 de enero de 2005** hasta la fecha, así como suspender los mencionados descuentos.
3. Condenar al pago en forma indexada aplicando para tal fin la variación del 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 195 de la Ley 1437 de 2011.
4. Condenar a la demandada a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011, realice el pago con el interés moratorio a la tasa comercial
5. Que se condene en costas y gastos del proceso en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Normas Violadas y Concepto De Violación: Citó como normas violadas los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58, 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%. (Fl. 12-18)

Contestación de la demanda

El apoderado del **Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG**, se opuso a las pretensiones y como argumentos de defensa la entidad señala que los descuentos en salud se han efectuado de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 8 de la ley 91 de 1989, que consagra el deber del fondo de deducir el 5% de las mesadas, incluidas las adicionales refiriéndose a las mesadas de junio y diciembre indica que los descuentos sobre mesadas adicionales. En los términos del artículo 81 de la ley 812 de 2003, norma que establece la tasa de cotización del 12% sobre cada mesada, conforme la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, en concordancia con la sentencia C-369 de 2004.

Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si es procedente ordenar la devolución de los descuentos realizados por concepto de salud en las mesadas adicionales de **junio y diciembre** de la pensión devengada por el accionante, así como la suspensión de dichos descuentos a futuro.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio N.1475y se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Conciliación (Min.00.59.00) En este estado de la diligencia se le otorga el uso de la palabra al apoderado de la entidad demandada para que informe al despacho si existe una propuesta conciliatoria para el caso en estudio

- Al respecto el apoderado de la accionada manifestó que a la Entidad: No le asiste ánimo conciliatorio.

En consecuencia, al no existir ánimo conciliatorio se dispone: declarar fallida la oportunidad de conciliar judicialmente el asunto de la referencia. La presente decisión se adopta **mediante Auto interlocutorio No1476** y se notifica en estrados a las partes conforme al artículo 202 del CPACA. No se interponen recursos.

Medidas Cautelares (Min.01.00.09)

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio No.1477 quedando notificado en estrados.

Decreto de Pruebas (Min.01.12.40)

Parte demandante:

En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se decretan y se tienen como pruebas al momento de fallar los documentos acompañados con la demanda, dentro de las cuales se encuentran:

- Cedula de ciudadanía del señor Miguel Andrés Cárdenas Malagón (F. 2)
- Resolución 01347 de 07 de junio de 2005, que reconoce una pensión vitalicia al señor Miguel Andrés Cárdenas Malagón, efectiva a partir del 19 de enero de 2005 (Fl.3 -4)
- Derecho de petición de fecha 19 de diciembre de 2013 solicitando la devolución de los descuentos en mesadas adicionales de junio y diciembre. (F.5)
- Comprobantes de pago de la Fiduprevisora S.A del mes de junio de 2013 (F. 8)
- Comprobante de pago del Banco Popular de 11 de noviembre de 2012 (F. 9)

Parte demandada: No se decretan pruebas como quiera que con la contestación de la demanda no se solicitó ninguna prueba.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No.1478** se notifica a las partes en estrados.
SIN RECURSOS

Alegatos conclusivos (Min.01.21.20)

Teniendo en cuenta que con las pruebas obrantes son suficientes para tomar una decisión de fondo, el despacho se ordena correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos conclusivos otorgando a cada una un término máximo de 10 minutos.

Parte Demandante (Min.01.21.25) Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, expone sus alegatos en la forma consignada en el audio.

Parte Demandada (Min.): Rinde sus alegatos tal como queda consignado en el audio de la diligencia y solicita que se absuelva a la demandada de lo pretendido en la demanda.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 1479** y se notifica a las partes en estrados. Sin observación alguna, se firma por quienes en ella intervinieron

**SENTENCIA N° 179
(Min.02.11.49)**

Tesis del demandante. 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%. (Fl. 12-18)

Tesis de la demandada: El apoderado del **Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG**, se opuso a las pretensiones y como argumentos de defensa la entidad señala que los descuentos en salud se han efectuado de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 8 de la ley 91 de 1989, que consagra el deber del fondo de deducir el 5% de las mesadas, incluidas las adicionales refiriéndose a las mesadas de junio y diciembre en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, norma que establece la tasa de cotización del 12% sobre el valor de la mesada conforme la Ley 797 de 2003 en consonancia con la Sentencia C-369 de 2004 que declaró la norma exequible.

Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si es procedente ordenar la devolución de los descuentos realizados por concepto de salud en las mesadas adicionales de **junio y diciembre** de la pensión devengada por los accionantes, así como la suspensión de dichos descuentos a futuro.

Consideraciones

Marco jurídico de los descuentos para seguridad social en salud sobre las mesadas pensionales adicionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

El artículo 8º 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 incrementó la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, pues a partir de su vigencia, asumen la totalidad de la cotización del 12%, toda vez que la norma se remitió a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

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, a esta conclusión llegó la Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2004, argumentando que la citada norma estableció la obligación de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a cancelar la totalidad de la cotización en salud, prevista en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, equivalente al 12% de su mesada pensional con estas palabras:

"En esas circunstancias, como 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 pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"¹ (negrilla fuera de texto).

Los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud tienen el carácter de **contribuciones parafiscales**, y tratándose de un gravamen que incide sobre la mesada pensional porque afecta su monto real, 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 por parte del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 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 pues consideramos que **el objeto de la disposición normativa fue establecer una contribución uniforme para todos los pensionados del FOMAG en los términos de la ley 100 de 1993, disposición que determina cual es el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, el hecho imponible, la causación, la base gravable y la tarifa, lo anterior** en virtud del principio de solidaridad lo que conllevó, entre otras, a incrementar el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12,5% establecido en el Régimen General.

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: ³

³ 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 punto 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 punto 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)"⁴.

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 Civil⁵ 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 claramente que la cotización mensual para salud de los pensionados se toma de la respectiva

⁴ 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.

⁵ Código Civil.- **"Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)"**.

mesada pensional, esto es, **de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional.**

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** así lo 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).⁶

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 pensiones⁷. Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984⁸.

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 en dicha norma, el legislador no señala el valor parcial de la tasa de cotización para ser completada por otra disposición normativa.

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.

Conclusión (Min.02.01.35) 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 (Min.02.02.06)

Se encontró probado que la demandante elevó petición ante el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio **el 19 de diciembre de 2013** (fl.05), solicitando el reintegro de los valores descontados por concepto de salud, en las mesadas adicionales de **junio y diciembre**, de la cual no obtuvo respuesta de fondo.

Se probó que la pensión del señor Miguel Andrés Cárdenas Malagón, fue reconocida mediante Resolución 01347 de 07 de junio de 2005 (**fl.3-4**) efectiva a partir del 19 de enero de 2005, la cual viene siendo pagada a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del Fondo

⁶ 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".

⁷ARTÍCULO 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.

⁸ "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".

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; también se encuentra probado que se han venido realizando los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de **junio y diciembre** conforme el extracto de pago de la Fidupervisora y Banco Popular visible a folios 8 y 9 del expediente.

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.

Y, adicionalmente por contener las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 disposiciones que no concilian con los descuentos de las mesadas adicionales como es el caso del decreto 1073 de 2002 el cual fue estudiado por el Consejo de Estado y declarado nulo el aparte relacionado con la prohibición de los descuentos de la mesada del mes de junio, esto es, la señalada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993.

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 de **junio y diciembre** del señor **Miguel Andrés Cárdenas Malagón**, por concepto de salud, teniendo en cuenta la correspondiente prescripción que se describe a continuación.

Prescripción (Min. 02.14.59)

En lo concerniente a la prescripción trienal, establece el artículo 151 de Código de Procedimiento Laboral

*“Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”
(Subrayas fuera del texto original).*

Por tanto, se ha de indicar que de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que el señor Miguel Andrés Cárdenas Malagón le fue reconocida la pensión de jubilación el día **07 de junio de 2005**, efectiva a partir del **19 de enero de 2005** y que elevó petición el **19 de diciembre de 2013** la cual no fue resuelta por la Secretaria de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, habiendo transcurrido más de tres (3) años entre el reconocimiento pensional y la solicitud de reintegro y cesación de descuentos por salud en las mesadas adicionales.

Así las cosas, y atendiendo a 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 **19 de diciembre de 2013**, ordenándose el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de **junio y diciembre** a partir del **19 de diciembre de 2010**, operando la prescripción respecto del reintegro de los descuentos efectuados con anterioridad a esa fecha, por prescripción, tal como se indicará en la parte resolutive de la sentencia.

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 Índice final
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 pago⁹.

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: Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹⁰, 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." (Subrayas para resaltar)

El Consejo de Estado¹¹ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional 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:

"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 (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que

⁹Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación">> ¹²"

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en razón a que no se han probado en esta instancia el valor de las agencias en derecho.

DECISIÓN

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 (Min.02.16.35)

PRIMERO.- DECLARAR probada la excepción de prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto presunto negativo de 19 de marzo de 2014, con ocasión a la petición del 19 de diciembre de 2013, por medio del cual la **Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, negó la suspensión y reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de **junio y diciembre** del señor Miguel Andrés Cárdenas Malagón, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR al Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio**, la **suspensión** de los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales de **junio y diciembre** del señor Miguel Andrés Cárdenas Malagón, así como **el reintegro de tales aportes** a partir del **19 de diciembre de 2010**, por las razones expuestas en la parte motiva.

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 pago¹³.

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.

¹² Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

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

CUARTO.- CONDENAR al cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192, 193, 194 y 195 del 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.

QUINTO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda

SÉPTIMO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con una copia de la sentencia para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiera; así mismo, **EXPÍDASE** copia del fallo de conformidad con lo normado en el numeral artículo 114 del C.G.P. **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

Esta sentencia queda notificada en ESTRADOS, conforme se establece en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 y 192 del CPACA.

El apoderado de la parte actora: No interpone recurso

El apoderado de la entidad demandada: Manifiesta **interponer recurso de apelación el cual sustentará dentro del término legal.**

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada, y se firma por quienes en ella intervinieron

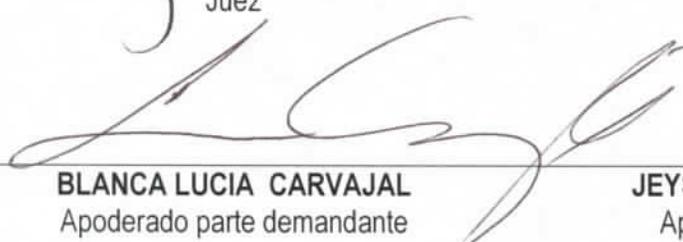
FIRMAS,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

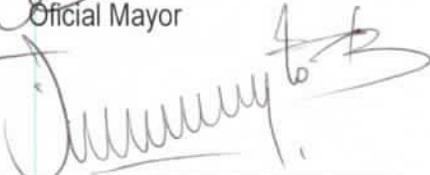
Juez


ALEXANDRA PÁEZ CARRILLO

Oficial Mayor


BLANCA LUCIA CARVAJAL

Apoderado parte demandante


JEYSSON ALIRIO CHOCONTA

Apoderado de Demandada