



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

Sentencia N. 153 24 OCT. 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-000115-00

Demandante: AIDA INÉS GALINDO MUÑOZ

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG

Tema: La prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989- Devolución de descuentos en salud – Docente

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 19 de octubre de 2018, se procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor Edgardo Antonio Bernal Medina actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado 05 de abril de 2017 (f.30), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

DE LA DEMANDA

1. Se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo conforme la petición del 06 de marzo de 2015, radicado E-2015-40481(FI.2) por medio del cual se solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y el reintegro de todos los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.
2. Como consecuencia de la nulidad y a título del restablecimiento del derecho se condene el reintegro al accionante los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales de junio y noviembre descontadas desde el reconocimiento de su pensión vitalicia de jubilación, sin aplicar la prescripción trienal.
3. Se ordene que a futuro no realicen los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales.
4. Condenar a la demandada a pagar a favor de mi mandante el valor de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, con los reajustes de ley, desde la fecha que adquirió el status, es decir, a partir del día que cumplió los requisitos de edad y tiempo.
5. Ordenar a la entidad a que dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 192 y numerales 1,2, 3 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011, y sobre las sumas adeudadas se incorporen los ajustes de valor, conforme IPC, y el pago de los intereses moratorios según el artículo 187 y 195 del CPACA.
6. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Normas Violadas y Concepto De Violación: Citó como normas violadas los artículos 1,2, 6,48, Parágrafo transitorio 1,53, ,58 y 336 de la Constitución Política, literal b del numeral 2

del artículo 15 y numeral 5 del artículo 2 de la Ley 91 de 1989, artículo 115 de la Ley 115 de 1994 y artículo 81 de la Ley 812.

Concepto de la violación:

Considera que se **desconoce la norma superior y falsa motivación** conforme con el literal b numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 referente a la prima de medio año, la cual considera es una mesada adicional de junio a la ya reconocida por la Ley 100 de 1993 pues es producto de la negociación surgida entre el gobierno y Fecode, la cual se plasmó en la Ley 91 de 1989, como compensación a la pérdida de la pensión gracia y el reintegro de todos los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 en tanto sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la administración. (Fl. 25-27)

Contestación de la demanda

establece que los descuentos efectuados sobre las mesadas ordinarias y adicionales de la pensión de la actora corresponden a los ordenados por la ley 812 de 2003 para el régimen especial de los docentes afiliados al Fomag, realizando la demandante una interpretación inadecuada del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, al pretender que se exima a la actora del descuento del 12% para sufragar las cotizaciones de seguridad social en salud y en su lugar se aplique el descuento del 5% de que trata el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por otra parte la accionada encuentran fundamento jurídico en los señalamientos de la Corte Constitucional en fallo del 2004 con ponencia del H. Magistrado Eduardo Montealegre Lynee al quedar claro la obligatoriedad del descuento sobre el pago de cada mesada generada. Finalmente solicita que no prosperen las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y derecho que avalen su prosperidad. (Fl.63-70)

AUDIENCIA INICIAL

El 19 de octubre de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión según quedó consignado en el audio y acta de la diligencia (f.92-94).

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

La nulidad del acto ficto con ocasión a la solicitud de la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las Mesadas Adicionales de Junio y Diciembre, ocasionada de la petición de fecha 06 de marzo de 2015.

CONSIDERACIONES

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral Expediente No. **2017-00115** propuesto por la señora **AIDA INÉS GALINDO MUÑOZ** contra la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tesis del demandante. La prima de medio año es diferente a la prima adicional de junio en los términos del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 en concordancia con el literal b numeral 2 del artículo 15 *ibidem* y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 al ser producto de la negociación surgida entre el gobierno y Fecode, la cual se plasmó en la Ley 91 de 1989

Las cotizaciones descontadas para salud en las mesadas adicionales desconocen los artículos 50, 142 y 204 de la Ley 100 de 1993.

Tesis de la demandada: señala que los descuentos de las mesadas adicionales se encuentran ordenados por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, al ser un régimen especial, lo que le permite al Fondo Nacional del Magisterio financiarse, ostentado los usuarios otros beneficios que no tienen los afiliados al régimen general.

Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si es procedente reconocer y pagar la **prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, así como ordenar la devolución de los descuentos realizados por concepto de salud en las mesadas adicionales de **junio y diciembre** de la pensión devengada por la actora, así como la suspensión de dichos descuentos a futuro.

Mesada adicional de Junio conforme la Ley 91 de 1989 y la Ley 100 de 1993

Al respecto la H. Corte Constitucional ha señalado que “ **el monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993**, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales.”¹ (Negrilla fuera de texto)

Por otra parte los regímenes no son escindibles al arbitrio particular y menos cuando son beneficiarios de un régimen especial, como en el caso de los docentes. Los pensionados docentes por pertenecer a un régimen especial, se rigen por normas especiales, luego no pueden beneficiarse de las normas generales de cuya cobertura están excluidos.

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

¹ Sentencia No. C-461 del 12 de octubre de 1995 M.P: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

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 los obliga, a partir de su vigencia, a asumir en su totalidad una cotización del 12%, toda vez que la norma para estos efectos se remitió a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

De esta manera, el efecto del incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, no es otro que 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, en la que argumentó que la citada norma estableció la obligación de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de 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 8º 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 en tratándose de un gravamen que incide sobre la mesada pensional afectando su monto real, deben estar soportados en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, que debe permear toda contribución. Tal apreciación ha sido reiterada la Corte Constitucional en la Sentencia C-430 de 2009, de la siguiente forma:

*“La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos **con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector**, en que tales recursos se utilizan en su beneficio. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, **y en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo.**” (C-430 de 2009).*

Estimamos que en virtud de la derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y en aplicación de lo previsto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para el tema en estudio debe darse total aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 pues **el objeto de la disposición normativa fue establecer una contribución uniforme para todos los pensionados del FOMAG y del régimen Ordinario** 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 entre 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 ordinario 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

Realizando una interpretación literal de la norma la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estima que no es procedente efectuar descuento alguno a las mesadas adicionales de junio y diciembre por las siguientes razones: ²

“...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 1º 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)”³.

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).

² 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

³ 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.

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 Civil⁴ 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 1º 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 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.”

⁴ Código Civil.- “Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)”.

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).⁵

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

⁵ 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".

todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5° de la Ley 4ª de 1976, tanto a las organizaciones gremiales, como a las entidades encargadas del pago de pensiones⁶. Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984⁷.

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 latin mediev totalis, y este derivado el latin totus 'todo entero' y significa. El Resultado de una suma u otras operaciones.

De esta manera 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 la señora AIDA INÉS GALINDO MUÑOZ elevó petición ante el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio el 06 de marzo de 2015 (fl.2), solicitando reconocer y pagar **la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, así como ordenar la devolución y suspensión de los descuentos realizados por concepto de salud en las mesadas adicionales de **junio y diciembre** de la pensión devengada por la actora, solicitud que no obtuvo respuesta.

Se evidenció que la pensión fue reconocida mediante Resolución 04200 del 14 de octubre de 2004, siendo beneficiaria de la ley 91 de 1989 (**fl.12 a 14**), pensión que viene siendo pagada a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del Fondo 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 con el comprobante de pago obrante a folios 17 y 18 del expediente.

Consideramos que el acto demandado no se ajusta al ordenamiento jurídico, respecto de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, por 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..." en desarrollo al principio de legalidad, el cual tiene las siguientes características: i) es la expresión del principio de representación popular y el principio

⁶ARTÍCULO 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.

⁷ "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".

democrático, derivados del estado liberal ii) materializa el principio de predeterminación del tributo “ según el cual una lex previa y cierta debe señalar los elementos de la obligación fiscal iii) brinda seguridad a los ciudadanos frente a sus obligaciones fiscales, con lo cual “se otorga una debida protección a la garantía fundamental del debido proceso iv) responde a la necesidad de promover una política fiscal coherente e inspirada en el principio de unidad económica especialmente cuando existen competencias concurrentes donde fluye la voluntad del congreso y de los entes territoriales v) no se predica únicamente de los impuesto, sino que es exigible también frente a cualquier tributo o contribución en sentido amplio⁸

Respecto a la **prima de medio año equivalente a una mesada pensional** establecida en el literal b del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la misma se entiende que es la mesada percibida en el mes de junio por la accionante, por cuanto no fue beneficiaria de lo establecido en la Ley 100 de 1993, esto es la mesada adicional que trata el artículo 142⁹, conforme la resolución que ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación.

Ahora bien, respetando el principio de Inescindibilidad debe aplicarse de manera integral la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece la accionante, esto es, la Ley 91 de 1989, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de otras disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto¹⁰ para el caso la el artículo 142 de Ley 100 de 1993 pues como se evidenció en la Resolución que reconoció la pensión, no se aplicó de ninguna manera la Ley 100, por lo cual se trae a colación el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, al cual se le adiciono con el Acto Legislativo 01 de 2005 lo siguiente; “(…). El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. **Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones**, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.” (Negrilla fuera de texto)

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

Prescripción

En lo relativo a la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 (reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 – artículo 102), se ha de indicar que de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que a la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación el día **14 de octubre de 2004**, efectiva a partir del

⁸ Ven sentencia C-891 de 2012 sentencia de sala plena de la Corte Constitucional principio de legalidad.

⁹ ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

¹⁰ Sentencia T-832A/13

21 de abril de 2004 y que elevó petición el **06 de marzo de 2015** la cual no fue resuelta por la **Secretaría 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 06 de marzo de 2015, ordenándose el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre, a partir del día **06 marzo de 2012**, 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:

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

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 pago¹¹.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos. 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 Proceso¹², 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

¹¹Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.

¹² 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.

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 Estado¹³ 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 “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>”¹⁴

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

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

PRIMERO.-DECLARAR probada la excepción de prescripción conforme la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la **NULIDAD PARCIAL** del acto ficto presunto negativo de la petición del 03 de febrero de 2012, 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, 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

¹³ 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.

¹⁴ 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.

mesadas adicionales de JUNIO y DICIEMBRE de la demandante y **el reintegro de tales aportes** a partir del **06 de marzo de 2012**, 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 pago¹⁵.

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.

QUINTO.- 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.

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

OCTAVO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada el contenido de este fallo anexando 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.

NOVENO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ

Ad

¹⁵Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.