



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 23 octubre de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-309

Demandante: Mariela Camacho Morales

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional -FOMAG

Tema: descuentos en salud mesadas adicionales- prima de medio año

Sentencia No.115

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 nulidad del acto ficto constituido el 21 de septiembre de 2015 con ocasión a la petición presentada el 21 de mayo del mismo año

2.- A título de restablecimiento y derecho se ordene el reconocimiento y pago de la prima de medio año consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 desde el reconocimiento pensional y, la suspensión y reintegro de todos los descuentos del 12% realizado con destino a la salud, sobre las mesadas adicionales.

3.- la anterior suma se entregara 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.- costas a cargo de la demandada.

Concepto De Violación:

El acto administrativo demandado desconoce la disposición normativa, esto es el literal b numeral 2 de la ley 91 de 1989 en razón a que no reconoce la prima de medio de año, la cual es diferente a la mesada adicional del mes de junio reconocida por ley 100 de 1993.

De otra parte, 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 además de la ley 43 de 1984 disposiciones que señalan la prohibición de realizar cualquier descuento 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%.

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 no es procedente el reconocimiento de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional en razón a que no se dan los presupuestos facticos para su reconocimiento y sobre los descuentos en salud, arguye que estos 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 que en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003 establecen del 12% sobre el valor de la mesada.

MAC

Problema jurídico El problema jurídico consiste en establecer si es procedente declarar la nulidad del acto demandado por el no reconocimiento de la prima de medio año ordenada por el literal b numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 y si el inciso 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989 se encuentra derogado 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, en este punto, la consiguiente aplicabilidad de la ley 43 de 1984 y el parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002 que refieren a la prohibición de descuento alguno sobre las mesadas pensionales adicionales o si por el contrario, como lo señala la entidad demandada, no es procedente el reconocimiento de la prima de medio año como quiera que en el acto demandado se reconoció la mesada adicional de junio conforme con el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y, de otro lado sobre la legalidad de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales conforme con el inciso 5º del artículo 8 de la ley 91 de 1989 en razón a que el inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 solo reguló el valor total de la tasa de cotización en los términos de 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: referente al reconocimiento de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, no se dan los presupuestos fácticos para su reconocimiento dado que la disposición normativa aplica para los vinculados a partir del 1º de enero de 1981 o a partir del 1º de enero de 1990 y referente a los descuentos sobre las mesadas adicionales, considerando que no es procedente realizar descuentos ya que en el ejercicio de la autonomía legislativa la Ley 812 de 2003 se determinó la regulación de los aportes 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. 1954 del 7 de junio de 1996 folio 117 como docente nacional que cumplió su estatus de jubilado el 9 de mayo de 1995, calculado sobre el equivalente al 75% del salario mensual devengado durante el último año de servicio.
- Resolución 3513 del 2 de agosto de 2010, a través del cual se reliquida la anterior pension de jubilación por retiro del servicio folio 105-106 calculado sobre el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, a partir del 31 de diciembre de 2009 en los términos de la ley 71 de 1988, decreto 1160 de 1989, ley 91 de 1989 y 812 de 2003
- La petición del año 2015 para efectos del reconocimiento de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional y la devolución de los descuentos a las mesadas adicionales por salud (Fl.15)
- Extracto bancario en donde se evidencia los descuentos del 12% por salud sobre las mesadas adicionales (folio23-24).

Reconocimiento de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, del literal b del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989

"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

"...

"2. Pensiones:

"A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegasen a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

"B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de

jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

En el caso concreto, se encuentra demostrado que la demandante se vinculó a través de la resolución 1246 del 17 de julio de 1970 a partir del 3 de agosto de 1970 como docente del orden nacional, **nótese que la disposición normativa aplica para los vinculados a partir del 1º de enero de 1981 o a partir del 1º de enero de 1990** razón por la que dicha prima no puede ser reconocida por la demandante pues fue voluntad del legislador determinar la prima para un determinado grupo poblacional al que no corresponde la demandante.

La norma transcrita agrupa a los docentes, en primer lugar, teniendo en cuenta su fecha de ingreso al servicio público educativo oficial fuera el 31 de diciembre de 1980 o anterior, y que, además, tuvieran derecho a la pensión de gracia, con el objeto de consagrar expresamente a su favor, la compatibilidad de esa pensión con la pensión de jubilación ordinaria, aún en el caso de que ésta última estuviera en todo o en parte a cargo de la Nación; y en segundo lugar, tomando el 1º de enero de 1981 como fecha de ingreso para quienes tendrían el derecho a pensionarse bajo el régimen de los demás empleados públicos nacionales con un beneficio adicional consistente en una prima de medio año equivalente a una mesada.

En el caso concreto es dable anotar que la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberles significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988.

Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"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, 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 sólo 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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio.

Posteriormente la Ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

mm

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 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 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. 1º), 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

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 la mesada adicional.

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 1982, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1995.

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.

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 cubre**. 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 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.

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.

³ Ver, 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.

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 este orden de ideas, considerando que la mesada adicional es una prestación separable del conjunto del sistema pensional, no es dable argumentar que por ser beneficiario del sistema especial docente es procedente descontar los aportes al sistema de seguridad social sobre dichas mesadas pues esto es un trato discriminatorio frente a una población similar que recibe una mesada adicional sin ningún descuento por esa razón es aplicable la prohibición establecida en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002.

Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente.⁴

En el caso en estudio no encuentra el despacho que ante el pago adicional de aportes por salud en las mesadas adicionales el régimen especial docentes se haya previsto un beneficio superior al régimen general que prohíbe cualquier descuento sobre la mesada adicional, luego es notorio el trato desigual ante la inferioridad del beneficio que se pretende con el pago y la carencia de compensación es evidente puesto que el pensionado docente no recibe un resarcimiento adicional a dicho descuento lo cual va en contravía de la prestación aunado a que el aporte por concepto de salud se ha pagado con el descuento realizado la mesada ordinaria.

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.

⁴ Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.

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.

Teniendo en cuenta que las mesadas adicionales son una prestación separable al sistema especial 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: ⁵

"..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 (1º) 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.-

⁵ 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 Celina

mm

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)⁶.

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 Civil⁷ 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** 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.

⁶ 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.

⁷ Código Civil.- “Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)”.

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°. 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).⁸

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 pensiones⁹. Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984¹⁰.

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.

⁸ 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".

⁹ARTÍCULO 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.

¹⁰ "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".

Caso concreto

Se encontró probado que la secretaria de Educación de Cundinamarca, reconoció al demandante pensión mensual vitalicia a partir del 10 de mayo de 1995, la cual fue reliquidada por retiro definitivo del servicio el 2 de agosto de 2010

El demandante elevó petición ante la secretaria de educación de Cundinamarca en el año 2015 solicitando el reintegro de todos los descuentos de las mesadas adicionales y, su no cobro por improcedencia legal folio 15 del expediente.

A folio 23 y 24 del expediente encontramos un extracto de pagos de la demandante en donde se observa que se hacen descuentos sobre las mesadas adicionales para los aportes de salud

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, 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).*

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 el 21 de mayo del **año 2015**, ordenando el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de a partir de mayo del año 2012 por prescripción de los descuentos realizados con anterioridad a esa fecha.

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 21 de agosto de 2015 con ocasión a la petición presentada el 21 de mayo de 2015, 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 al Ministerio de Educación-Fomag**, la **suspensión** de los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales de la señora **MARIELA CAMACHO MORALES** así como **el reintegro de tales aportes** a partir de la mesada adicional de junio del año 2012, por las razones expuestas en la parte motiva.

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 no aparecer probadas.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: 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.



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez