

SENTENCIA 82 DE 2019

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO - ORALIDAD
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

2018-00385

Bogotá, D.C., Catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Procede el Despacho a pronunciarse sobre el fondo de la controversia planteada por la apoderada de la señora **MARÍA VICTORIA DIAZ MURILLO** en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra de **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, previa referencia de los antecedentes de las actuaciones obrantes en el plenario.

1. ANTECEDENTES

En aplicación del artículo 182 numeral 3 del C.P.A.C.A, procede el Despacho a dictar sentencia conforme a la fijación del litigio establecido en la audiencia inicial.

Las pretensiones.

1. Se declare la nulidad del oficio No. 20180871203801 del 03 de agosto de 2018, mediante el cual se decidió de manera negativa la solicitud radicada el 21 de junio de 2018, dirigida a la Secretaria de Educación de Cundinamarca, en representación de **LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en la cual se solicitaba la suspensión y reintegro del descuento que se efectúa sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, con destino al régimen contributivo de salud.

A título de restablecimiento del derecho solicita:

2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que ordene a la Fiduciaria la Previsora S.A, (en calidad de administradoras de sus recursos), para que suspenda la totalidad del descuento que se efectúan sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, como cotización al régimen contributivo de salud, efectuado a la pensión de jubilación reconocida a la señora MARÍA VICTORIA DIAZ MURILLO mediante Resolución No. 01212 del 30 de septiembre de 1999.

3. Condenar a la entidad demandada a reintegrar de forma indexada a la señora MARÍA VICTORIA DIAZ MURILLO, la totalidad de los descuentos que se han efectuado sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, como cotización al régimen contributivo de salud, efectuado a la pensión de jubilación.

4. Condenar a la parte accionada a reconocer y pagar los intereses moratorios legales, causados por el no pago completo de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

5. ordenar a la demandada a que dé cumplimiento a las disposiciones del fallo dentro del término establecido en el artículo 192 del CPCA.

6. Condenar a la demandada a que si no da cumplimiento al fallo dentro del termino dispuesto en el inciso 2 del artículo 192 del CPACA, pague intereses moratorios conforme a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA.

Hechos:

1. La señora MARIA VICTORIA DIAZ MURILLO prestó sus servicios como docente al sector oficial.

2. Mediante Resolución No. 01212 del 30 de septiembre de 1999, la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconoció y ordenó pagar a favor de la señora MARÍA VICTORIA DIAZ MURILLO, una pensión de jubilación con efectos fiscales desde el 25 de diciembre de 1998.

3. La demandante devenga aparte de las 12 mesadas correspondientes a cada mes del año, otras adicionales, pagaderas a mitad y a final del año, equivalente al 100% de una mesada pensional.

4. A la actora sobre las mesadas pensionales adicionales pagadas a mitad y a final de año se le han efectuado descuentos equivalentes al 12% o al 12.5% con destino al régimen contributivo de salud.

5. El 21 de junio de 2018, la señora MARÍA VICTORIA DIAZ MURILLO solicitó a la SECTRETARIA DE EDUCACIÓN DE CUNDINAMARCA- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la suspensión del descuento que se efectúa a la pensión de jubilación sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, con destino al régimen contributivo de salud, y que se le reintegrara de forma indexada los descuentos ya efectuados.

6. La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, mediante radicado No. 20180871203801 del 03 de agosto de 2018, actuando en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, emitió respuesta negativa a la solicitud de reintegro y suspensión de los descuentos por concepto de aporte a salud, realizados sobre las mesadas adicionales pagaderas a mitad y a final de año, devengadas por la señora MARÍA VICTORIA DIAZ MURILLO.

Normas violadas.

Artículos 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política; Código Civil artículo 10; de la ley 4 de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966; ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 1848 de 1969; Ley 91 de 1989; Decreto 1073 de 2003; ley 1250 de 2008; Ley 812 de 2003 artículo 81; con violación directa al concepto de la Sala de Consulta y servicio Civil Radicado No. 1064 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Augusto Trejos Jaramillo.

Concepto de la violación.

Manifiesta la apoderada de la parte actora, que el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales están a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES

SOCIALES DEL MAGISTERIO, conforme a lo consagrado en el artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el artículo 6 de la ley 60 de 1993.

En efecto, según el mandato del artículo 8 de la ley 91 de 1989 posibilita la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales, no obstante el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementó la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, y obliga a partir de su vigencia, a asumir en su totalidad la cotización en salud del 12%, prevista por la ley 100 de 1993 y 797 de 2003.

Indica la parte actora que cuando se crearon los descuentos en salud, el legislador no hizo relación a los artículos 50 y 142 de la ley 100 de 1993, esto es a las mesadas adicionales.

Lo anterior significa que se está realizando de forma ilegítima el descuento del 12% en las mesadas pensionales adicionales de Junio y Diciembre del accionante, contrariando los mandatos legales establecidos en el régimen común de seguridad social en salud.

Contestación de la demanda: La entidad accionada no dio contestación a la demanda.

Pruebas. El Despacho decretó la práctica de pruebas, y se tendrán como tales:

- Oficio No. 20180871203801 de 03 de agosto de 2018 a través del cual la FIDUPREVISORA niega la solicitud de devolución de sumas de dinero descontadas por aportes de salud en las mesadas pensionales adicionales (FI 3)

- Derecho de petición radicado por la accionante ante la Secretaría de Educación de Cundinamarca el día 21 de junio de 2018, por medio del cual solicita el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales (fls.4- 6).

- Resolución No. 001212 del 30 de septiembre de 1999 por medio de la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconoce pensión mensual vitalicia de jubilación a la señora MARÍA VICTORIA DIAZ MURILLO (FI. 7- 8).

- Extractos en los cuales se evidencian los pagos realizados y los descuentos efectuados a los mismos desde enero de 2000 hasta mayo de 2018. (Fl. 9- 14 Vto.).

Alegatos de conclusión y juzgamiento.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 182 del C.P.A.C.A, en audiencia del día 29 de noviembre de 2017, se dispuso a escuchar los alegatos presentados por las partes, de los cuales se puede extraer lo siguiente:

Apoderada de la parte demandante: Se ratifica en las pretensiones de la demanda e indica que para el sistema de seguridad social se debe aportar una sola vez, es decir el 12% sobre la mesada pensional mensual ordinaria, de manera que no está justificado el descuento que efectúa la entidad accionada sobre las mesadas adicionales de diciembre.

Añade que al docente se le continúan practicando los descuentos, sin existir fundamento legal. Además trae a colación la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la cual distingue entre cotizaciones y el servicio de salud, de manera que las cotizaciones se rigen por la Ley 100 de 1993 y no por la Ley 91 de 1989. Así las cosas, la norma que rige a los docentes no contempla el descuento que se están efectuando sobre las mesadas adicionales. .

Como consecuencia a lo anterior solicita acceder a las pretensiones de la demanda.

Apoderada de la entidad demandada - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio: No presentó alegatos por cuanto a la fecha no ha sido designado apoderado para representar los intereses de la entidad accionada.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

Por medio del presente juicio se trata de establecer si le asiste derecho a la Señora MARIA VICTORIA DIAZ MURILLO, a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le

reintegre la totalidad de los descuentos que se han efectuado sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y Diciembre, con destino al régimen contributivo de salud.

HECHOS PROBADOS

El reconocimiento de la pensión.

- A la señora MARÍA VICTORIA DÍAZ MURILLO le fue reconocida pensión de jubilación por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 001212 del 30 de septiembre de 1999, efectiva a partir del 25 de diciembre de 1998 (Fl. 7- 8).

Los descuentos en salud efectuados.

- Conforme a los extractos de pago emitidos por la FIDUPREVISORA S.A., (fl. 9- 13 Vto.), se observa que a la accionante se le descontaron los aportes en salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

Agotamiento de la actuación administrativa.

- Inconforme con éste hecho la demandante, el día 21 de junio de 2018, solicitó a la Secretaria de Educación de Cundinamarca - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la devolución de los dineros descontados por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre desde el reconocimiento de la pensión (fls. 4- 6), petición que fue contestada de manera negativa por la Fiduprevisora.

FUNDAMENTOS JURIDICOS PARA LA DECISION.

Durante el Siglo XIX y las primeras décadas del Siglo XX, en nuestra República, la salud era atendida por los servicios de caridad pública para los más pobres, los esfuerzos mutuales de los gremios para sus asociados, y los entes privados para las personas más pudientes.

Fue hasta mediados del siglo pasado, que el crecimiento de los trabajadores dependientes y los jubilados, generó la necesidad de asegurar la atención en salud,

a través de aportes destinados a una Caja de Previsión Social encargada de la administración del servicio, razón por la cual la Ley 6 de 1945 creó a CAJANAL y, la Ley 4 de 1966 estableció una tasa de cotización del 5% de carácter mensual, según se lee:

“Artículo 2º. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:

*“(…)
Parágrafo. Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional”.*

El Decreto 3135 de 1968¹, en el Art. 37², reitera la orden de cotizar mensualmente para salud sobre el 5% del valor de la pensión, también lo hace el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, en el Art. 90, Num. 3³.

Cuando se expidieron estas normas, los descuentos se aplicaban automáticamente y sin sombra de dudas sobre la mesada pensional que cada mes recibían los afiliados a CAJANAL, porque para aquella época los pensionados no tenían mesadas adicionales a las que por derecho eran entregadas mensualmente.

Sin embargo, cuando la Ley 4 de 1976 en el Art. 5⁴ creó una mesada más para el mes de diciembre, fue necesario que, posteriormente, la Ley 43 de 1984 la excluyera del pago de aportes con el ánimo de despejar toda duda sobre la posibilidad de aplicarle los descuentos por cualquier concepto, según el siguiente aparte:

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

¹ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

² “Artículo 37º.- Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión.”

³ “ARTICULO 90. PRESTACION ASISTENCIAL. 1. Los pensionados por invalidez, jubilación o retiro por vejez, tienen derecho a asistencia médica, farmacéutica, de laboratorio, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar, sin restricción ni limitación alguna.

(…)

3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional”.

⁴ “Artículo 5º.- Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto.”

trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.

De esta forma, la mesada que se paga en diciembre, conocida como mesada No. 13, fue liberada de cualquier clase de descuentos, quedando entendido que los aportes tienen un carácter mensual, independientemente del número de mesadas pensionales canceladas durante el mes calendario, pese a que las precitadas normas se refieren de forma general a la pensión.

La situación descrita con anterioridad rigió los descuentos en salud para los afiliados a CAJANAL, hasta que los docentes, activos y retirados, fueran trasladados forzosamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Ley 91 de 1989.

En efecto, la Ley del Magisterio pese a que mantuvo los descuentos en una cuantía del 5%, explícitamente incluyó a las mesadas adicionales, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 8o. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

(...)

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.”

Entonces, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, los docentes jubilados comenzaron a cotizar el 5% sobre las mesadas normalmente causadas por mes calendario y, también, sobre las mesadas adicionales, a saber: la mesada de diciembre o mesada No. 13 creada por la Ley 4 de 1976 y ratificada por el Art. 50⁵ de la Ley 100 de 1993 y, la mesada de junio o mesada No. 14, introducida por el Art. 142⁶ de la Ley 100 de 1993 que por juicio de constitucionalidad se hizo extensiva a todos los pensionados sin importar el régimen⁷.

⁵ “ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.”

⁶ “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, (inexequible), 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.”

⁷ Las mesadas pensionales también aplican para los afiliados al Fondo, según la Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, porque: “No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran

Cuando se implementó el actual Sistema de Seguridad Social Integral, los afiliados al Fondo continuaron cotizando el 5% sobre todas las mesadas pensionales porque estaban exceptuados del régimen de la Ley 100⁸.

Sin embargo, la Ley 812 de 2003 permitió la aplicación del esquema de aportes diseñado en el Sistema General de Seguridad Social a los afiliados del Magisterio, quebrando el carácter exceptuado del régimen docente de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. (...) Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

*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 establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.
(...)”*

De acuerdo al texto legal transcrito, a partir de la publicación de la Ley 812 de 2003, en el Diario Oficial No. 45.231 de 27 de junio de 2003, los descuentos para salud se liquidan con base en lo establecido en la Ley 100 de 1993, a saber:

“ARTÍCULO 204. MONTO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS COTIZACIONES. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.”

Esto significa, que a partir del 27 de junio de 2003 la tasa de cotización para salud a cargo de los docentes pensionados, sufrió un aumento del 5% al 12%, y

en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta y se asegure a los maestros vinculados antes del 1º de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.”

⁸ Ley 100 de 1993, “ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a (...)”

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.”

aunque más tarde se elevó al 12.5% por el Art. 10⁹ de la Ley 1127 de 2007, después fue restaurada en el nivel del 12% por disposición del Art. 11¹⁰ de la Ley 1250 de 2008.

Este incremento fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-369 de 27 de abril de 2004¹¹, y no es el motivo de la discusión entre las partes. El punto que ha generado el presente debate, es si la Ley 812 de 2003 derogó total o parcialmente, el régimen de aportes para salud establecido en el Núm. 5 del Art. 8 de la Ley 91 de 1989.

El debate tiene origen en que la tasa de cotización establecida en el Art. 204 de la Ley 100 de 1993 guarda silencio respecto de las mesadas adicionales, mientras que el Núm. 5 del Art. 8 de la Ley 91 de 1989, señala que el descuento debe incluir a las mesadas 13 y 14.

La solución para el contradictorio se encuentra en la “Primera Parte” de la Ley 153 de 1887 denominada “Reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes”, en los siguientes artículos:

“ARTICULO 3o. Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

ARTICULO (...)

ARTICULO 14. Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.”

De acuerdo al texto jurídico transcrito, el Despacho debe considerar que una disposición legal quedó por fuera del ordenamiento jurídico, cuando se cumplan alguna de las siguientes condiciones: que el legislador así lo haya declarado, ó por incompatibilidad, ó por existir nueva regla que regula o reproduzca íntegramente la materia. En el presente debate, se ha podido constatar lo siguiente:

⁹ “ARTICULO 10. 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”.

¹⁰ “ARTICULO 1. 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 1 de enero de 2008)” La parte entre paréntesis fue declarada inexecutable mediante Sentencia C-430 de 2009 la cual tuvo efectos a partir del 27 de noviembre de 2008.

¹¹ M.P. Dr. Eduardo Montealegre. Exp: D-4859, Actor: Jairo Antonio Salgado Gil. En aparte dice: “7- (...). Según esta hermenéutica, aunque es claro que las prestaciones en salud a que tienen derecho estos pensionados se mantienen, pues así lo establecen los incisos primero y tercero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, sin embargo la cotización en salud fue incrementada, tal y como lo ordena el inciso cuarto de ese mismo artículo, que fue precisamente el demandado en la presente oportunidad

Si bien es cierto, el legislador no afirma categóricamente que con la Ley 812 de 2003 quedó derogado¹² el Núm. 5 del Art. 8 de la Ley 91 de 1989, la forma en que fue redactado el Art. 81 de la Ley 812 de 2003, antes transcrito, indica que fue derogada aquel precepto, en razón a que expresamente señaló que la Ley 91 de 1989 continuaba rigiendo sólo respecto de la forma como se venía prestando el servicio de salud para los docentes, porque el costo sería cubierto conforme a lo estipulado Ley 100 de 1993, por lo tanto, ya no es el Núm. 5 del Art. 8 de la Ley 91 la regla que determina la fórmula para realizar los aportes a la salud, sino el Art. 204 de la Ley 100.

Por sí lo anterior no fuera suficiente, un estudio sosegado de las normas aplicables al caso, ampliamente comentadas en precedencia, permiten concluir que son incompatibles entre sí porque la norma posterior regula en forma íntegra la materia.

En efecto, en la redacción del Núm. 5 del Art. 8 de la Ley 91 de 1989, el Art. 204 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas, y el Art. 81 de la Ley 812 de 2003, se utiliza, sin distinción alguna, los términos “cotización”, “aportes” y “monto”, los cuales indican una base para liquidar la contribución al sistema de salud, que se compone de un porcentaje aplicado a un ingreso del beneficiario de la prestación.

En el caso del Núm. 5 del Art. 8 de la Ley 91 de 1989 la base para liquidar la cotización (aporte o monto) es del 5% sobre todas las mesadas entregadas al pensionado, mientras que en el Art. 204 de la Ley 100 de 1993 es el 12% sobre lo devengado a título de salario o mesada pensional.

De acuerdo al anterior análisis, es patente que la norma posterior –Art. 204 de la Ley 100 de 1993- regula en su integridad los componentes de la base de liquidación de los aportes, a saber: el porcentaje (12%) y el concepto al cual se aplica (la mesada pensional), razón por la cual se debe entender que no subsiste en el ordenamiento jurídico la norma anterior - Núm. 5 del Art. 8 de la Ley 91 de 1989 – en cuanto a porcentaje (5%) y el concepto (14 mesadas pensionales).

¹² Sólo dice en los artículos 137 de la Ley 812 de 2003 y 289 de la Ley 100 de 1993 quedaron derogadas “todas las disposiciones que le sean contrarias”.

Otro sería el razonamiento, sí definitivamente el actual Sistema de Seguridad Social Integral no indicará sobre que concepto se aplica el mentado porcentaje de cotización, pero ha sido evidente que el 12% se aplica a la mesada pensional.

Ahora bien, el hecho de que el Art. 204 de la Ley 100 de 1993 no señale expresamente las mesadas objeto del descuento, esto no implica, necesariamente, que se tenga que acudir a la norma anterior (Ley 91), porque el Sistema de Seguridad Social es un conjunto de normas en materia de aportes al cual remitió en forma general la Ley 812 de 2003.

Por lo anterior, se recuerda que ya la Ley 43 de 1984, en el Art. 5, había determinado que sobre la mesada No. 13 correspondiente al mes de diciembre, no se efectuarían descuentos para salud, en razón a que la normatividad vigente para aquella época –vista al principio de este subtítulo¹³– ordenaba el descuento sobre la mesada pensional en forma general, como ahora lo hace el Art. 204 de la Ley 100 de 1993.

Estos antecedentes legales, ponen en evidencia que cuando el legislador nada dice sobre las mesadas pensionales objeto del descuento, es porque se está refiriendo a la mesada ordinaria del mes y es sobre la misma que se calcula el aporte o el valor de la cotización, quedando automáticamente excluidas las mesadas adicionales, inclusive la mesada No. 14 devengada en el mes de junio.

El anterior razonamiento, es respaldado por el Decreto 1073 de 2002, el cual ordenó en el párrafo del artículo 1º que los descuentos ordenados por ley a las mesadas pensionales no se aplican a las mesadas adicionales consagradas en los Arts. 50 y 142 de la Ley 100 de 1993.

Esta interpretación, se aviene con el principio de favorabilidad que entra en operación cuando ha quedado alguna duda sobre la regla aplicable para determinar la cuantía de los aportes laborales que financian las prestaciones sociales.

A la luz estos razonamientos, se concluye que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por orden de la Ley 812 de 2003, están obligados, actualmente, a cotizar para salud única y exclusivamente sobre las mesadas pensionales ordinarias o correspondientes a cada mes, no sobre las extraordinarias

¹³ El Art. 2 de la Ley 4 de 1966, el Art. 34 del Decreto 3135 de 1968 y el Art. 90, en su Num. 3, del Decreto Reglamentario 1848 de 1968.

o que fueron adicionados a la mesadas propias de los meses calendarios, debido a la naturaleza mensual de los costos del servicio de salud.

Lo consignado en estos párrafos ha puesto en evidencia que el sistema de aportes para salud ha tenido las siguientes modificaciones: entre las Leyes 4 de 1966 y 91 de 1989, se cotizaba el 5% sobre la mesada pensional sin incluir las mesadas adicionales; en vigencia de la Ley 91 de 1989 hasta la entrada de la Ley 812 de 2003, se aportaba el 5% sobre las 14 mesadas pensionales, y a partir de la reforma introducida por la Ley 812 de 2003 hasta la fecha de expedición de este proveído, corresponde al 12% aplicado a 12 mesadas del año, tasa elevada en el 0.5% para el año 2007.

CASO CONCRETO.

La actora mediante petición radicada el día 21 de junio de 2018, solicitó a la Secretaría de Educación de Cundinamarca – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la devolución y suspensión de los descuentos en salud del 12%, efectuados a las mesadas adicionales, petición que fue resuelta de manera negativa por la FIDUPREVISORA.

Conforme a lo dicho anteriormente, la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la entidad administradora de la prestación, le devuelva los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre desde el 25 de diciembre de 1998 (fecha a partir de la cual se hizo efectiva la prestación (Fl. 7- 8), lo que implica el decreto de la nulidad del acto administrativo atacado (Fl. 3- 3 Vto.).

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que a través de la entidad administradora de la prestación, se reintegren los descuentos que por concepto de salud se han aplicado a las mesadas adicionales de junio y diciembre, a la señora MARÍA VICTORIA DIAZ MURILLO, desde el 25 de diciembre de 1998 (fecha a partir de la cual se reconoció la prestación), hasta la fecha de esta sentencia, aplicando para ello la prescripción respectiva y, en lo sucesivo no continúe realizando este tipo de descuento, sin perjuicio de los cambios legislativos.

Las sumas que fueron descontadas ilegalmente para la salud se deben ajustar a valor, en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A

Prescripción: Conforme a lo establecido en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, que a la letra dice:

“Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Teniendo en cuenta que la parte actora presentó la petición el 21 de junio de 2018 (fol.4- 6), se declaran prescritos la devolución de descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de Junio y Diciembre con anterioridad al 21 de junio de 2015.

Cumplimiento de la Sentencia. Las sumas que fueron descontadas ilegalmente para la salud y que no han prescrito, se deben ajustar a valor, conforme a lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., aplicando la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de los descuentos realizados a las mesadas adicionales, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

También la Entidad dará cumplimiento a los Arts. 187 del C.P.A.C.A., y a los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A

Costas: El Despacho no condenará en costas a la parte vencida porque la parte actora no demostró los gastos procesales en que incurrió para adelantar el presente juicio, ni lo pagado por concepto de agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 365, literal 8, del C.G.P, aplicable por remisión del artículo 188 del CPACA, y lo determinado por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁴.

Por lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA, SECCION SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo No. 20180871203801 proferido por la FIDUPREVISORA el 03 de agosto de 2018, por medio del cual la entidad niega la suspensión y reintegro de los descuentos en salud efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la señora MARÍA VICTORIA DIAZ MURILO identificada con C.C. 41.431.563.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordena a LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reintegre el valor de los descuentos en salud realizados sobre la mesada adicional de junio y diciembre en la pensión de jubilación de la Señora MARÍA VICTORIA DIAZ MURILLO, identificada con la C.C. No. 41.431.563, desde el **21 junio de 2015** (fecha conforme al termino de prescripción), y en lo sucesivo se abstenga de continuar descontado aportes a estas mesadas, sin perjuicio de los cambios en la legislación, en los términos arriba consignados; a lo anterior se le aplica la prescripción trienal.

TERCERO: Se declara la prescripción de los descuentos efectuados a las mesadas adicionales de junio y diciembre con anterioridad al **21 de junio de 2015**, por lo que el pago se efectuará a partir de dicha fecha.

¹⁴ Sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Rad. 23001 23 33 000 2013 00260 01 (0088-2015), postura reiterada en mediante sentencia de 30 de marzo de 2017, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Rad. 05001-23-33-000-2013-01508-01(3048-15).

CUARTO: No se condena en costas.

QUINTO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 187, 192 y 195 del CPACA

SEXTO: Por secretaria efectúese la liquidación de gastos del proceso. En caso de quedar remanentes, los mismos deben ser reclamados dentro del término de Ley, so pena de la declaración de prescripción.

SEPTIMO: Expídanse copias de la presente providencia a las partes, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 114 del C. G del P.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOVENO: NOTIFIQUESE esta decisión a las partes conforme a lo establecido en el artículo 203 del C.PACA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE


ROSSE MAIRE MESA CEPEDA
JUEZ