



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD
DE TUNJA
 Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

Tunja, doce (12) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación No. 150013331007 2011-0170
Demandante: IRMA VELASCO MEDINA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Controversia: DESCUENTOS EN SALUD EL 12% SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES DE JULIO Y DICIEMBRE SOBRE PENSIÓN JUBILACIÓN.

La señora **IRMA VELASCO MEDINA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.622.926 de Bogotá, a través de apoderado legalmente constituido, interpone acción contenciosa Administrativa en proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, sintetizada de la siguiente manera:

I. DECLARACIONES Y CONDENAS

138 C.C.A. DECLARACIONES

PRIMERA: Se admita la presente demanda, como consecuencia de los antecedentes enunciados inicialmente, por tratarse de descuentos realizados sobre prestaciones periódicas que pueden ser reclamados en cualquier omento (C.C.A Art. 136 núm. 2) al caso no opera la caducidad de la acción.

SEGUNDA: Se declare la Nulidad por violación de la Ley, el Acto Administrativo oficio 1010403 del 7 de junio de 2011, por medio del cual la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO negó a el (la) accionante el reintegro de los descuentos del 12% realizados en salud sobre las

mesadas adicionales de junio y diciembre, acto proferido como consecuencia de la petición dirigida a la citada entidad el 19 de mayo de 2011.

TERCERA: Se declare la Nulidad por violación de la Ley, del Acto Administrativo oficio 1010403 del 7 de junio de 2011, por medio del cual la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A obrando en calidad de administrador del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO negó a el (la) accionante el reintegro de los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, acto proferido como consecuencia de la petición dirigida a la citada entidad, radicada el 18 de mayo de 2011 en las instalaciones de esta entidad en la ciudad de Bogotá.

138 C.C.A. CONDENAS

1. **CUARTA:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de mi representado, **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. obrando en calidad de representante y administrador DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO A **REINTEGRAR** todos los dineros deducidos con ocasión al descuento del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, los cuales se efectuaron desde la adquisición del status jurídico de pensionado (a).
2. **QUINTA:** **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ya la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A obrando en calidad de representante y administrador DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO A **PAGAR** a él (la) demandante, al totalidad de los descuentos del 12% efectuados para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde el ingreso a nómina de pensionados hasta la fecha.
3. **SEXTA:** **ORDENAR** a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, obrando en calidad de representante y administrador del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, **ABSTENERSE** de efectuar descuentos por concepto de salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre que perciba mi representada una vez se profiriera sentencia y hacia futuro.
4. **SÉPTIMA:** **ORDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA obrando en calidad de representante y administrador DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL Magisterio que las sumas a que resulten condenadas, reconozca y ordene el pago de las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor y se reconozca la respectiva indexación acorde con el artículo 178 del C.C.A.
5. **OCTAVA:** **ORDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA obrando en calidad de representante y administrador DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A

- 111
6. *NOVENO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA obrando en calidad de representante y administrador DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, si estas no dan cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C. reconocer y pagar a favor de mi representada los intereses moratorios por las sumas que resulten adeudar a favor de mi mandante conforme lo ordena el artículo 177 del C.C.A y conforme la sentencia de la H. Corte Constitucional C- 188 DEL 29 DE MARZO DE 1999.*
 7. *DECIMA: Se condene en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA obrando en calidad de representante y administrador DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al artículo 171 del C.C.A modificado por el artículo 55 de la Ley 445 de 1998.*

Las anteriores peticiones tienen como fundamento los siguientes,

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, manifiesta la actora que mediante Resolución 026 del 9 de febrero de 2009, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión de jubilación, siendo la Fiduciaria La Previsora S.A., la que asumió su pago y la que efectuó los descuentos para salud en un 12%, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Aduce que no existe fundamento legal para la realización de dichos descuentos como quiera que ni las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 797 de 2003, 812 de 2003, ni la Ley 1250 de 2008 disponen expresamente tal deducción.

Señala que mediante derechos de petición elevados los días 18 y 19 de mayo de 2011 solicitó ante la Fiduciaria La Previsora y ante Ministerio de Educación - FNPSM-, respectivamente, el reintegro de los descuentos efectuados sobre las mesadas de junio y diciembre, obteniendo respuesta negativa a su petición mediante el acto administrativo 1010403 del 7 de junio de 2011.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

3.1 NORMAS VIOLADAS

Invoca como normas vulneradas, las siguientes:

CONSTITUCIONALES.

- ✓ Artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 49, 49,53 inciso 3 y 58.

LEGALES.

- ✓ Ley 4ª de 1966
- ✓ Ley 4ª de 1976
- ✓ Ley 42 de 1982
- ✓ Ley 43 de 1984
- ✓ Ley 91 de 1989
- ✓ Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios
- ✓ Ley 812 de 2003
- ✓ Ley 797 de 2003
- ✓ Ley 1122 de 2007
- ✓ Ley 1250 de 2008
- ✓ Decreto 3135 de 1968
- ✓ Decreto 1848 de 1969

3.2 CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se remonta a los inicios legales de los descuentos en salud contenidos en la Ley 4 de 1966, el Decreto 3135 de 1968 a su vez reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 que establecía la deducción de un 5% mensual sobre el valor de la pensión como contribución a la financiación de la prestación asistencial en salud.

Aduce respecto de la mesada adicional de diciembre estatuida en la Ley 4ª de 1976 que la Ley 42 de 1982 y 43 de 1984 prohíbe expresamente que sobre la misma se haga descuento alguno para organizaciones gremiales o para entidades a cargo del pago de pensiones aunado a que el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989 hace referencia a un 5% como aporte del pensionado para la constitución y sostenimiento del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio más no al cubrimiento de los aportes en salud como erróneamente se está aplicando.

Señala que conforme al Decreto 1073 de 2002, las mesadas adicionales establecidas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 no son objeto de descuento y que según la jurisprudencia constitucional las contribuciones parafiscales gozan de los principios de estricta legalidad, reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia.

De esta manera, es indudable que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, a partir del 16 de junio de 2004, contribuir con el 12% para el servicio de salud, de acuerdo con lo previsto por las

leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, pero dicha contribución debe recaer sobre la mesada pensional ordinaria y no sobre las mesadas adicionales de julio y diciembre como ilegalmente lo ha venido haciendo la demandada.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

- ✓ Mediante providencia del 11 de noviembre de 2011, este estrado judicial rechazó la demanda de la referencia al considerar que el acto administrativo demandado no era un acto definitivo sino de mero trámite.¹
- ✓ El 23 de octubre de 2012 en sede de segunda instancia el Tribunal Administrativo de Boyacá en Descongestión revocó la actuación precedente y en su lugar ordenó proveer sobre la admisión de la demanda.²
- ✓ Mediante auto del 15 de mayo de 2013 éste estrado judicial admitió la demanda, ordenando notificar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria La Previsora S.A.³
- ✓ El proceso se fijó en lista por el término de 10 días contados del 2 de febrero al 7 de marzo de 2014 sin que ninguna de las accionadas diera contestación a la acción.⁴
- ✓ Mediante providencia del 18 de junio de 2014 se abrió el proceso a etapa probatoria⁵
- ✓ Mediante auto del 16 de diciembre de 2014 el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja en Descongestión dispuso correr traslado para alegar de conclusión.⁶
- ✓ Dentro del término precedente reanudado por éste estrado judicial en providencia del 30 de abril de 2015⁷, el apoderado de la parte actora se pronunció allegando copia de sentencia del 26 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en Descongestión, mediante la cual se revoca fallo nugatorio y en su lugar se accede a las pretensiones de la demanda, y cuyos lineamientos fácticos coinciden en su integridad con los del presente trámite judicial.⁸
- ✓ De los argumentos esgrimidos en el referido fallo se extracta:
 - Aduce la Sala de Descongestión que existen dos regímenes de pensionales para los docentes dependiendo de la fecha de su vinculación; así, para las personas vinculadas antes del 27 de junio de 2003 les es aplicable lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 mientras que quienes ingresaron con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 se registrarán por lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

¹ Folios 32-34

² Folios 51-53

³ Folios 55-56

⁴ Folio 65

⁵ Folio 68

⁶ Folio 71

⁷ Folios 74-75

⁸ Folios 76-106

- Esgrime que la mesada adicional del mes de junio contenida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, se hizo extensiva a la totalidad de contribuyentes de los diferentes regímenes pensionales, incluyendo indistintamente dentro del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud a "las personas vinculadas a través de contrato de trabajo , los servidores públicos , **los pensionados y jubilados** y los trabajadores independientes con capacidad de pago" destacando así, que el legislador en forma expresa fijó la obligación para todos los pensionados sin distinción alguna, de efectuar aportes con destino al sistema de seguridad social en salud, cuyo monto, luego de la expedición de la Ley 1250 de 2008, corresponde al doce 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.
- Sin embargo, aduce que conforme al concepto 1988 del Consejo de Estado, los descuentos en las mesadas no cobijan las mesadas adicionales de junio y diciembre establecidas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, pues estas deben limitarse únicamente respecto de la mesadas ordinarias, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1073 de 2002.
- Sin embargo, dada la anulación parcial de dicho Decreto por parte del Consejo de Estado en lo atinente a la prohibición de descuentos sobre la mesada de junio, dejando indemne lo dispuesto respecto de la mesada de diciembre, se remite entonces al concepto emitido el 11 de marzo de 2010 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado cuyo criterio establece que no es viable efectuar el descuento sobre la mesada adicional de junio, como quiera que la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión , sin hablar de deducción como parte para sistema de salud; destacando además que dicho descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo que mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe tanto en junio como en diciembre, como quiera que de ésta manera equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.
- Finalmente aduce que en armonía con el principio de inescindibilidad de la norma, no es viable descontar el 12% de las mesadas adicionales de los meses de julio y diciembre a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 pues a dichos docentes debe aplicarse exclusivamente el descuento del 5% de que trata el artículo 8º de la Ley 91 de 1989.

5. CONSIDERACIONES

5.1. -Problema jurídico

Se contrae a determinar si existe lugar al reintegro de los descuentos de seguridad social por concepto de salud, aplicados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación percibida por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

5.1.1 Problema Jurídico Asociado

Derivado del problema jurídico principal, se contrae a determinar la legalidad del acto administrativo oficio 1010403 del 7 de junio de 2011, mediante el cual la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio atendió de forma desfavorable la solicitud de reintegro de los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

5.2. -Marco legal

5.2.1 Mesada adicional de junio

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone en relación con la mesada adicional de junio:

"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 pensióna!" (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Así pues, de la norma citada en precedencia se infieren dos situaciones diferentes teniendo en cuenta la fecha de ingreso al servicio público educativo oficial: i) si se produjo el 31 de diciembre de 1980 o antes, el personal que cumpliera con los requisitos respectivos tendría derecho a una pensión gracia compatible con la pensión de jubilación ordinaria; ii) y si lo fue después del 1º de enero de 1981, los docentes tendrán derecho sólo una pensión de jubilación reconocida bajo el régimen de los demás empleados públicos nacionales, con un beneficio adicional consistente en una prima de medio año equivalente a una mesada pensional de más.

Posteriormente, el inciso 4º del artículo 6º de la Ley 60 de 1993⁹, se refirió al tema prestacional de los docentes, así: "...el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989. y las prestaciones en

⁹ Derogada por la Ley 715 de 2001, artículo 113 "vigencia y derogatorias. La presente Ley rige a partir de la fecha de su sanción y deroga la Ley 60 de 1993.."

ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial".

Por su parte, la Ley 115 de 1994 o Ley General de Educación, ratificó en su artículo 115 que *"el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley".*

A su vez, La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral del que hace parte el sistema general de pensiones, previendo la mesada adicional de junio, en su artículo 142, así:

"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."

A su turno, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de su aplicación a algunos sectores de pensionados, entre ellos los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

"EXCEPCIONES...

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. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida" (Negrilla fuera de texto).

De esta manera y conforme a la redacción transliterada contenida en el artículo precitado, era evidente el surgimiento de un trato discriminatorio en cuanto impedía el reconocimiento de la mesada adicional de junio al sector de pensionados que se encontraban cobijados por el régimen de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y que no gozaban de tal prestación, por no haber sido contemplada en las leyes especiales que les gobernaban.

Por ésta razón y a fin de enmendar el reconocimiento diferenciado de la mesada pensional de junio, el legislador, posteriormente y teniendo como antecedente la

sentencia C- 409-94 de la Corte Constitucional, a través de la Ley 238 de 1995, hizo extensiva la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de docentes de los regímenes exceptuados de la aplicación del régimen general de pensiones, sin que ello significare modificar esos regímenes, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 1º. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Con el siguiente párrafo:

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Al respecto, mediante concepto emitido el día 22 de noviembre de 2007, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó:

'Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales: de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular 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" (Negrilla y subraya fuera de texto).*

Bajo ese entendido a partir de la adición introducida por la Ley 238 de 1995 todos los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho a una mesada adicional pagada en el mes de junio, pero ello no

significa que se hubiere modificado su régimen especial, mucho menos que hubieren sido incorporados al Sistema de Seguridad Social Integral, por lo tanto, las disposiciones del régimen excepcional quedaron incólumes y siguen siendo de obligatorio cumplimiento.

5.2.2 Mesada adicional de diciembre

Respecto de la mesada adicional de diciembre, se obtiene que la misma no fue consagrada por una disposición especial de manera diferente o exclusiva en favor de los docentes, sino que se trata de una prerrogativa de la que gozan los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado, que tuvo como origen la Ley 4a de 1976, de la siguiente manera:

"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."

La anterior disposición fue reproducida por la Ley 100 de 1993, en su artículo 50, así:

"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".

5.2.3 -Descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre en la pensión de jubilación.

Sea menester destacar que los docentes no gozan propiamente de un régimen pensional especial que les otorgue determinadas prerrogativas en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, pues a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación, pero sí de un régimen especial respecto de la administración y pago de las pensiones y de la administración y prestación del servicio médico de salud; conforme lo dispone la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, para efectos de dilucidar si la entidad demandada está facultada legalmente para efectuar descuentos a las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación reconocida a la demandante, con destino al sistema de seguridad social en salud, debe en primer término señalarse que los recursos del

Sistema de Seguridad Social en Salud son rentas parafiscales, debido a que son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destina para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio de salud. El diseño General de Seguridad Social en Salud define en forma específica los destinatarios, los beneficiarios y los servicios que cubre el Plan Obligatorio de Salud, es decir, todos elementos constitutivos de renta parafiscal.¹⁰

Es importante precisar que (i) la contribución parafiscal en salud ha sido establecida a cargo de todos los pensionados desde el artículo 2o de la Ley 4o de 1966¹¹, el artículo 90 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969¹², los artículos 7¹³ y 16 de la Ley 4o de 1976¹⁴, y con la Ley 91 de 1989, (ii) todos los docentes pasaron a ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, entidad que tenía a su cargo la administración del servicio médico, por ende, dicha entidad se encontraba autorizada para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara como aporte para salud, inclusive, de las mesadas adicionales sin importar su naturaleza, tal como lo dejó establecido en el numeral 5o del artículo 8o de la Ley 91 de 1989 que prevé:

"Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos: (...)

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

¹⁰ En Sentencia C -577 del 4 de diciembre de 1995, la Corte Constitucional adujo que "una interpretación sistemática de la carta lleva a la Corte a señalar que la cotización de seguridad social en salud es una contribución parafiscal de aquellas reguladas por los dispuesto en el segundo inciso del artículo 338 de la Carta"

¹¹ Artículo 2º, los afiliados forzoso o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma así:

Parágrafo.- Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco (5%) de su mesada pensional

¹² Art. 90 "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 éste artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional"

¹³ Artículo 7º "los pensionado del sector público, oficial semioficial y privado, así como los familiares que dependan económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, según lo determinen los reglamentos de las entidades obligadas tendrán derecho a disfrutar de los servicios médico, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento que las entidades, patronos, o empresas tengan o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos o para su dependientes según sea el caso mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre os aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios"

¹⁴ "Artículo 16. A partir de la vigencia de éste decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados... contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:

1. Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.
2. Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria..."

Posteriormente, el inciso 2º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 ¹⁵ exceptuó de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en esa presente ley, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989. Por su parte, el párrafo del artículo 1º del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002¹⁶, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre las mesadas adicionales de que tratan los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, en los incisos 3o y 4o del artículo 81 la Ley 812 de 2003 vigente a partir del 27 de junio de 2003, el legislador dispuso que 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, y 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 existía 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.

Por su parte, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso que *“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”*.

A su vez el inciso 4º del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, bajo las siguientes consideraciones:

“... Es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo

¹⁵ “Artículo 279. EXCEPCIONES (...) 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. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.

¹⁶ Artículo 1º. 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.

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.

cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - sin que la norma establezca ninguna excepción - 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'. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003." (Negrilla y subraya fuera de texto).¹⁷

De acuerdo con lo expuesto, se debe concluir que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de la cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 , posteriormente, con las modificaciones introducidas por el artículo 10 de la Ley 1122 de 9 de enero de 2007 ¹⁸, se estableció que 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, sin que pueda ser inferior al salario mínimo, y finalmente, por virtud del artículo 1o de la Ley 1250 de 2008¹⁹ es del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Aclara pues el despacho que, sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, pero esto no

¹⁷ Sentencia C- 369 de 2004.

¹⁸ ARTÍCULO 204. MONTO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS COTIZACIONES.

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

¹⁹ ARTÍCULO 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así:

"Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones

(...)

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional",

significó que se alterara su régimen prestacional dado que por pertenecer a un régimen especial, se encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 de la citada ley, y el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005 que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

5.3 Desarrollo jurisprudencial

Precisa ha sido la jurisprudencia emanada del alto tribunal de lo contencioso administrativo respecto de la viabilidad de los descuentos en salud aplicados a las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, así por ejemplo, al decidir una acción de tutela interpuesta contra una sentencia judicial que denegó el reintegro de las sumas descontadas en la referidas mesadas, señaló:

"Observa la Sala que, el tribunal accionado realizó un estudio juicioso de la normativa aplicable al caso concreto que le permitió establecer que de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, las personas que se encuentren afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidas de la aplicación del régimen general de seguridad social integral establecido en dicha Ley, razón por la que se creó un régimen especial, cuyas disposiciones se encuentran ratificadas por el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por el párrafo transitorio 1º del acto legislativo 001 de 2005.

En lo relacionado con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que, en principio, estos fueron prohibidos por el artículo 1º del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002. No obstante lo anterior, dichas normas no le son aplicables a los docentes, dado que estos pertenecen a un régimen especial exceptuado de la aplicación de la Ley 100, tal y como se dispone en el artículo 279 de esa norma. (...) Aunado a lo anterior se tiene que el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso lo siguiente:

"Párrafo transitorio 1º. 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."

Así las cosas, se tiene que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, es la Ley 91 de 1989, la que, en el numeral 5o del artículo 8. Prescribió que:

'Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

(...)

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados. (...)' (Negrillas fuera de texto)

De la normativa transcrita se tiene que la autoridad judicial demandada no incurrió en el defecto sustantivo alegado por la parte demandante, toda vez que la decisión cuestionada se encuentra debidamente sustentada y ajustada a derecho y en ella se utilizaron criterios de interpretación expuestos de manera razonada, que no implican desbordamiento del orden jurídico, otra cosa es que la actora discrepe de la interpretación normativa efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el caso sometido a su consideración".²⁰

De lo anterior se obtiene que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados conforme lo estableció el numeral 5o del artículo 8o de la Ley 91 de 1989. Por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general, y obedece a la libre configuración legislativa.

Es importante precisar que, en casos como éste, prima el principio de solidaridad, pilar básico del Estado Social de Derecho, reconocido por nuestra Constitución Política en los artículos 1o, 48, 49 y numeral 2º de artículo 95, en virtud del cual quienes tienen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos, para garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social.

La Corte Constitucional ha reflejado en su jurisprudencia el papel preponderante del principio de solidaridad, que en nuestro sistema actual adquiere mayor relevancia, en estos términos:

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de noviembre de 2012, radicación N° 11001-03-15-000-2012-01286.

“La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como propósito común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad. (...)”

Así. Pretende desarrollar el principio de solidaridad, porque en este subsistema se da la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos y las comunidades, bajo la protección del más fuerte hacia el más débil. El objetivo entonces es que se pueda obtener una pensión adecuada que ampare al afiliado en su vejez o invalidez y que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes en caso de muerte puedan alcanzar esa prestación. Pero además el sistema pretende obtener los recursos de financiamiento para aquellos afiliados cuyos recursos son insuficientes, quienes también tienen derecho a las prestaciones propias del sistema—” (Subrayado y negrilla fuera del texto).²¹

De tal suerte, el principio de solidaridad sustenta el Sistema de Seguridad Social prima en este caso, pues la contribución solidaria que hacen los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es obligatoria, independientemente de que dichos aportes se vean reflejados en su servicio.

De igual forma éste estrado judicial destaca que no desconoce el pronunciamiento allegado por la parte demandante junto con los alegatos de conclusión presentados en esta instancia, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá en Descongestión con ponencia de la Magistrada Patricia Salamanca Gallo, mediante el cual se avala la tesis favorable a las pretensiones de la demanda de la referencia respecto de la inviabilidad de aplicar los descuentos en salud a las mesadas adicionales de junio y diciembre de la demandante.

Sin embargo, tampoco desconoce el despacho que han sido múltiples las decisiones que *a contrario sensu* de lo anteriormente esgrimido, ha proferido el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá; Corporación que en sede de segunda instancia ha reiterado la legalidad de los descuentos realizados por concepto de aportes a salud en un monto del 12% sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.²²

²¹ Sentencia C-529 de 2010.

²² Al respecto consúltense entre otros los fallos proferidos dentro de los procesos 150013333006201300126-01 del 12 de agosto de 2014 con ponencia del Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros, 1500133330102012-00110-01 del 6 de febrero de 2014 con ponencia del Dr. Luis Ernesto Arciniegas Triana. 150013333005201200148-01 del 31 de marzo de 2014 con ponencia del Dr. Javier Ortiz del Valle.

Así por ejemplo, se extracta:

“Las consideraciones que anteceden, le permiten a la Sala afirmar que los descuentos efectuados con destino al Sistema de Seguridad Social en salud sobre las mesadas de la pensión de jubilación, no resultan arbitrarios ni mucho menos ilegales, en virtud del principio de solidaridad de la ley 100 de 1993, pues si bien es cierto, todos tenemos que hacer un gran esfuerzo para contribuir al sistema, toda vez que no podemos perder de vista la presencia de un único Sistema de Seguridad Social Integral que no admite interpretaciones aisladas y soslayadas de las normas que lo integran, luego entonces nada impide que la normatividad del régimen general de pensiones se aplique a la pensión de jubilación por concepto de salud. En esta medida las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y por las razones dadas en esta providencia se confirmará la sentencia apelada.”²³

6. -Caso concreto

6.1 De las pruebas:

Del acervo probatorio allegado al proceso se tiene:

- Derecho de Petición del 18 de mayo de 2011 elevado ante la Fiduciaria La Previsora S.A en calidad de representante y administrador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual la accionante solicita a través de apoderado que le sean suspendidos los descuentos que por concepto de salud se hayan realizado sobre sus mesadas adicionales, ordenando su devolución y el reconocimiento de la debida indexación y pago de intereses.²⁴
- Oficio N° 1010403 suscrito por la directora de afiliaciones y recaudos de la FIDUPREVISORA S.A, mediante el cual se atiende en forma desfavorable la solicitud elevada por la accionante, respecto del **Reintegro de descuentos de aportes en salud** sobre las mesadas pensionales adicionales.²⁵
- Derecho de Petición del 19 de mayo de 2011 elevado ante la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual la accionante solicita a través de apoderado que le sean suspendidos los descuentos que por concepto de salud se hayan realizado sobre sus mesadas adicionales, ordenando su devolución, el reconocimiento de la debida indexación, pago de intereses y la certificación del último lugar de prestación de servicios de la docente.²⁶

²³ Sentencia del 14 de febrero de 2014 dentro del proceso N° 150013333012201200108-01, con ponencia del Dr. Javier Ortiz del Valle.

²⁴ Folios 17-19

²⁵ Folios 20-22, 25

²⁶ Folios 23-24

- Resolución N°190-3.2-026 del 9 de febrero de 2009, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la actora.²⁷
- Desprendible de pago del banco BBVA correspondiente al mes de diciembre de 2010, donde se observa el monto descontado por concepto de "aporte de ley mesada adicional" a la beneficiaria Irma Velasco Medina.²⁸
- Copia de cédula de ciudadanía de la accionante.²⁹

Analizando detallada y armoniosamente los elementos normativos ya consignados y el material probatorio que reposa en el expediente, se encuentra que en este tipo de procesos, mas allá de la contingencia propia del litigio, fundamentado en el acervo probatorio allegado por las partes, el asunto debe enfocarse en entender el sentido que el legislador ha venido dando a la normatividad que rige el tema en debate, en virtud de los principios y garantías fundamentales sobre las cuales se soporta el Sistema General de Seguridad social, pues las decisiones que se tomen en este sentido afectaran no solo a los actores dentro del proceso sino que su espectro repercute a la sociedad en general.

Asi pues, descendiendo al particular, se evidencia que la señora Irma Velasco Medina identificada con C.C. N° 41.622.926 de Bogotá es una docente que se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que mediante Resolución N° 190-3.2-026 del nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009) le reconoció pensión de jubilación en cuantía de \$2.110.541 efectiva a partir del 20 de noviembre de 2008³⁰.

De ésta manera, al verificarse que la vinculación de la demandante se dio con anterioridad al 27 de junio de 2003, esto es; el 5 de junio de 1972³¹ y al constatarse que la situación jurídica particular se regula por la Ley 91 de 1989, se concluye que es viable la aplicación de descuento por concepto de salud sobre las mesadas adicionales que devenga la accionante, conforme lo dispone el numeral 5° del artículo 8° ibídem, dejando incólume el contenido del acto administrativo acusado por medio del cual se denegó la solicitud de reintegro de descuentos realizados por concepto de aportes a salud.

²⁷ Folios 26-27

²⁸ Folio 28

²⁹ Folio 29

³⁰ Folios 26-27

³¹ Tal como consta en la Resolución N° 190-3.2-026 obrante a folio 26.

7.- Costas

De conformidad con el artículo 171 del C.C.A., no se condenará en costas a la parte demandante, puesto que no se observa temeridad de su parte al incoar la acción.

En efecto, las costas procesales son reembolsables a la parte vencedora en materia civil sólo por el hecho de triunfar (Art. 392 C.P.C.), en tanto que en materia contencioso administrativa, la condena a ellas se verifica únicamente cuando la parte vencida actúa temerariamente (Art. 171 C.C.A.).³²

La siguiente jurisprudencia es ilustrativa del punto acabado de tocar³³:

"...El artículo 55 de la ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, faculta al juez para condenar en costas a la parte vencida pero en consideración a la conducta asumida por ella. Este precepto resulta aplicable en el presente caso, no obstante que se trata de una acción instaurada antes de la expedición de la ley 446 de 1998, por tratarse de una norma de carácter procesal que tiene vigencia en forma inmediata. La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del C.C.A. sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso...."

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente Dra: María Elena Giraldo Gómez, sentencia de 12 de octubre de 2000, Radicación número: 13097, Actor: Héctor Edmundo Lasso M. y Demandado: Municipio De Mallana (Nariño): "... En el presente caso no se advierte conducta procesal temeraria o insensata del actor lo haga objeto de la medida. Se acoge por tanto el criterio adoptado por la Sala en relación con la procedencia de la condena en costas, según el cual "no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora"...."

³³ Consejo de Estado, sección tercera, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia de 18 de febrero de 1999, Radicación número: 10775, Actor: Etilma Melania Bernal Santos, Demandado: Fondo Rotatorio de Aduanas.

FALLA:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

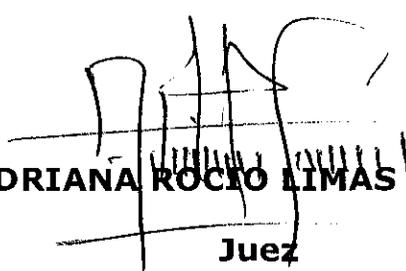
SEGUNDO: No condenar en costas.

TERCERO: Por Secretaría del Despacho, hágase la respectiva liquidación del remanente a la parte actora, si a ello hay lugar de conformidad con el numeral 4 del artículo 207 del C.C.A.

CUARTO: Acéptese la sustitución poder otorgada por el abogado Maurix Alejandro Saavedra identificado con C.C. N° 7.128.362 de Villa de Leyva y T.P. N° 178.308 del C.S.J a la Dra. Luth Smith Vega Ruiz identificada con C.C. N° 80.204.922 de Bogotá y T.P 194.699 del C.S.J para que represente los intereses de la parte actora.³⁴

QUINTO: En firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE y CUMPLASE


ADRIANA ROCÍO LIMAS SUAREZ
Juez

ARLS/LRMF

³⁴ Conforme a sustitución de poder obrante a folio 108