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

Sentencia N. 153 24 OCT. 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-**2015-00049900**
Demandante: Ana Aurora Carranza Ruíz
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Tema: Devolución de descuentos en salud – Docente

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

I. ANTECEDENTES

La señora Ana Aurora Carranza Ruíz actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado 10 de junio de 2015 (f.21) elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

Pretensiones de la demanda

1. Se declare la existencia y nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo en relación con el derecho de petición el 25 de febrero de 2014 ante la Secretaria de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre.
2. A título de restablecimiento y derecho se condene a la accionada, para que ordene a la Fiduprevisora el reintegro de todos los descuentos del 12% realizado, con destino a la salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre desde la adquisición de su status, esto es, el 14 de febrero de 1995 hasta la fecha, así como suspender los mencionados descuentos.
3. Condenar al pago en forma indexada aplicando para tal fin la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., el cumplimiento al fallo en los términos previstos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, así como reconocer los intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.
4. Condenar a la demandada a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011, realice el pago con el interés moratorio a la tasa comercial
5. Que se condene en costas y gastos del proceso en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Normas Violadas y Concepto De Violación: Citó como normas violadas los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58, la ley 4 de 1966 y su decreto reglamentario 1743 de 1966, ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, ley 91 de 1989, decreto 1073 de 2003, ley 1250 de 2008 y 812 de 2003 art. 81.

Señala que el incremento de los aportes en salud conforme el artículo 81 de la ley 812 de 2003 los obliga a asumir la totalidad de los aportes de la cotización del 12%, toda vez que la norma remite a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. De esta forma el incremento de la

cotización y su remisión a la Ley 100, no es otra que la derogatoria del numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, razón por la que resulta aplicable lo señalado en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 al establecer que de conformidad con los artículo 50 y 142 de la ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales. De igual manera aporta extractos de jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado, los cuales no avalan los descuentos por concepto de salud de las mesadas adicionales por cuanto al realizar el descuento en la mesada adicional se descontaría el 24%. (Fl. 12-16)

Contestación de la demanda

Como argumentos de defensa señala oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto los descuentos a salud se han efectuado de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el Fondo de Nacional del Magisterio consagrando el deber del fondo de deducir el 5% de cada mesada adicional, incluidas las mesadas adicionales esto es, junio y diciembre, las cuales constituyen aportes del pensionado; por otra parte menciona que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece que el aporte del pensionado es el 12% sobre el valor de la mesada, norma declarada exequible en sentencia C-369, por lo tanto los descuentos efectuados a las mesadas adicionales del mes de junio y diciembre, son un deber constitucional y legal, garantizando la prestación del servicio público de salud y asegurando la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social. Por otra parte la accionada encuentran fundamento jurídico en los señalamientos de la Corte Constitucional en fallo del 2004 con ponencia del H. Magistrado Eduardo Montealegre Lynett al quedar claro la obligatoriedad del descuento sobre el pago de cada mesada generada. (Fl.32-33)

AUDIENCIA INICIAL

El 19 de octubre de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión según quedo consignado en el audio y acta de la diligencia (f.66-68).

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

La nulidad del acto ficto con ocasión a la solicitud de la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las Mesadas Adicionales de Junio y Diciembre, ocasionada de la petición de fecha 25 de febrero de 2014.

CONSIDERACIONES

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

ASUNTO A RESOLVER: Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral Expediente No. **2015-00499** propuesto por la señora AURA AURORA CARRANZA RUÍZ contra la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tesis del demandante. Señala que el incremento de los aportes en salud conforme el artículo 81 de la ley 812 de 2003 los obliga a asumir la totalidad de los aportes de la cotización del 12%, toda vez que la norma remite a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. De esta forma el incremento de la cotización y su remisión a la Ley 100, no es otra que la

derogatoria del numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, razón por la que resulta aplicable lo señalado en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 al establecer que de conformidad con los artículo 50 y 142 de la ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales. De igual manera aporta extractos de jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado, los cuales no avalan los descuentos por concepto de salud de las mesadas adicionales por cuanto al realizar el descuento en la mesada adicional se descontaría el 24%. (Fl. 12-16)

Tesis de la demandada: Señala que con relación a los descuentos sobre los cuales la demandante solicita el reintegro, los mismos se han efectuado de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 , por medio el cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que consagra el deber del fondo de deducir el 5% de las mesadas, incluidas las adicionales, esto es, la mesada de junio y diciembre las cuales constituyen aportes del pensionado, por otra parte menciona que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece que el aporte del pensionado es el 12% sobre el valor de la mesada, norma declarada exequible en sentencia C-369, por lo tanto los descuentos efectuados a las mesadas adicionales del mes de junio y diciembre, son un deber constitucional y legal, garantizando la prestación del servicio público de salud y asegurar la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social Por otra parte la accionada encuentran fundamento jurídico en los señalamientos de la Corte Constitucional en fallo del 2004 con ponencia del H. Magistrado Eduardo Montealegre Lynett al quedar claro la obligatoriedad del descuento sobre el pago de cada mesada generada. (Fl.32-33)

Problema jurídico

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

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

El artículo 8º de la Ley 91 de 1989 posibilita la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales. No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementó la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, pues los obliga, a partir de su vigencia, a asumir en su totalidad una cotización del 12%, toda vez que la norma para estos efectos se remitió a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

De esta manera, el efecto del incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, no es otro que la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, a esta conclusión llegó la Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2004, en la que argumentó que la citada norma estableció la obligación de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de cancelar la totalidad de la cotización en salud, prevista en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, equivalente al 12% de su mesada pensional con estas palabras:

"En esas circunstancias, como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los

pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que ***la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada****, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*[1] *(negrilla fuera de texto).*

Los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud tienen el carácter de *contribuciones parafiscales*, y en tratándose de un gravamen que incide sobre la mesada pensional afectando su monto real, deben estar soportados en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, que debe permear toda contribución. Tal apreciación ha sido reiterada la Corte Constitucional en la Sentencia C-430 de 2009, de la siguiente forma:

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

Estimamos que en virtud de la derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y en aplicación de lo previsto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para el tema en estudio debe darse total aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 pues **el objeto de la disposición normativa fue establecer una contribución uniforme para todos los pensionados del FOMAG y del régimen Ordinario** en virtud del principio de solidaridad lo que conllevó, entre otras, a incrementar el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12,5% establecido en el Régimen General.

Para el despacho es dable entender que si el legislador quiso establecer una misma contribución parafiscal entre los pensionados esto ha sido **en virtud del principio de igualdad** frente a una población con características similares, en este caso, los pensionados del régimen ordinario frente a los pensionados docentes, **desarrollado por el principio de equidad con el cual se pondera la distribución de las cargas** o la imposición de gravámenes **entre los contribuyentes de similares características** para evitar que haya cargas excesivas, que afecte como en este caso directamente el goce de un derecho fundamental, el cual debe ser un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente

Realizando una interpretación literal de la norma la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estima que no es procedente efectuar descuento alguno a las mesadas adicionales de junio y diciembre por las siguientes razones: [1]

---

[1] *Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del Dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1064 Posición reiterada en del 11 de marzo de 2010 con radicación No. 11-001-03-06-000-2010-00009-00 Consejero Ponente William Zambrano Cetina*

"...Es de anotar que la Sala se pronunció acerca de la supresión del pago adicional de junio en relación con los docentes oficiales, mediante el Concepto No. 1857 del 22 de noviembre de 2007, razón por la cual, en esta ocasión, se remite a lo allí expresado sobre el particular.

Ahora bien, en cuanto a las cotizaciones, la ley 100 de 1993 establece en el artículo 204 lo siguiente:

> "**Artículo 204.- Monto y distribución de las cotizaciones.- Inciso primero, modificado por el artículo 10 de la ley 1122 de 2007.-** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%). Inciso segundo.-
>
> **Inciso adicionado por el artículo 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)"[2].
>
> **Inciso segundo original de la ley 100/93.-** Declarado inexequible 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 Civil[3] 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

---

[2] La parte entre paréntesis fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-430 de 2009, con efectos desde el 27 de noviembre de 2008.
[3] Código Civil.- **"Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.** (...)".

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

La disposición emplea las expresiones "mensual" para calificar a la cotización y "respectiva" para referirse a la mesada pensional, con lo cual está haciendo alusión evidentemente a la cotización que se paga ordinariamente en el mes, no se refiere en ningún momento, a cotizaciones derivadas del pago o la mensualidad adicionales que existen en los meses de **junio y diciembre**, según el caso, pues si así fuera lo hubiera dicho y no habría utilizado las mencionadas expresiones...."

Ahora bien, desde la ley 43 de 1984, norma que se ocupó de la clasificación de las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del Poder Público, el legislador tuvo a bien prohibir los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del decreto 1848 de 1969, es decir, el aporte para salud.

La **Ley 43 de 1984** así lo dispuso:

"ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.

Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley."

Mediante el Decreto 1073 de 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, y se regulan aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, así:

"Artículo 1°. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas

adicionales.

Este artículo fue declarado nulo parcialmente por el H. Consejo de Estado, en la Sentencia de fecha 3 de febrero de 2005 **y se dispone solo respecto a la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993** (la del mes de junio).[4]

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 5° de la Ley 4ª de 1976, tanto a las organizaciones gremiales, como a las entidades encargadas del pago de pensiones[5]. Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984[6].

Nuestro órgano de cierre en los citados pronunciamientos ha estimado improcedentes los descuentos por concepto en salud en las mesadas adicionales, de junio y diciembre, previstas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, criterio que acoge este Despacho puesto que la voluntad del legislador fue regular "... **El valor total de la tasa de cotización** por los docentes afiliados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003..." resaltando que en dicha norma, el legislador no señala el valor parcial de la tasa de cotización para ser completada por otra disposición normativa.

Según la Real Academia Española de la lengua la palabra TOTAL viene del latin mediev totalis, y este derivado el latin totus 'todo entero' y significa. El Resultado de una suma u otras operaciones.

De esta manera consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG.

---

[4] 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".

[5] *ARTÍCULO 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.*

[6] *"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 demandante elevó petición ante el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio el 25 de febrero de 2014 (fl.06), solicitando el reintegro de los valores descontados por concepto de salud, en las mesadas adicionales de junio y diciembre, de la cual no obtuvo respuesta de fondo.

Se probó que la pensión de la señora Ana Aurora Carranza Ruíz, fue reconocida mediante Resolución 000965 del 24 de abril de 1996 **(fl.3-5)**, viene siendo pagada a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; también se encuentra probado que se han venido realizando los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de **junio y diciembre** conforme el extracto de pagos del Banco BBVA visible a folio 9 del expediente.

Por lo cual se encuentra que a la accionada se le han venido realizando los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de **junio y diciembre** conforme con lo expuesto.

Consideramos que el acto demandado no se ajusta al ordenamiento jurídico, respecto de los descuentos en salud sobre las mesadas adiciones de junio y diciembre, por puesto que la voluntad del legislador fue regular "... **El valor total de la tasa de cotización** por los docentes afiliados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003..." en desarrollo al principio de legalidad, el cual tiene las siguientes características: i) es la expresión del principio de representación popular y el principio democrático, derivados del estado liberal ii) materializa el principio de predeterminación del tributo " según el cual una lex previa y cierta debe señalar los elementos de la obligación fiscal iii) brinda seguridad a los ciudadanos frente a sus obligaciones fiscales, con lo cual "se otorga una debida protección a la garantía fundamental del debido proceso iv) responde a la necesidad de promover una política fiscal coherente e inspirada en el principio de unidad económica especialmente cuando existen competencias concurrentes donde fluye la voluntad del congreso y de los entes territoriales v) no se predica únicamente de los impuesto, sino que es exigible también frente a cualquier tributo o contribución en sentido amplio[7] .

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

Prescripción

En lo relativo a la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 (reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 – artículo 102), se ha de indicar que de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la señora Clara Inés Hernández Castro le fue reconocida la pensión de jubilación el día **24 de abril de 1996**, efectiva a partir del **14 de febrero de 1995** y que elevó petición el **25 de febrero de 2014** la cual no fue resuelta por la Secretaria de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, habiendo transcurrido más de tres (3) años entre el

[7] Ven sentencia C-891 de 2012 sentencia de sala plena de la Corte Constitucional principio de legalidad.

reconocimiento pensional y la solicitud de reintegro y cesación de descuentos por salud en las mesadas adicionales.

Así las cosas, y atendiendo a que con la radicación de la petición elevada a la entidad demandada se interrumpen los términos prescriptivos, partiremos en el conteo de los términos del **25 de febrero de 2014**, ordenándose el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de **junio y diciembre** a partir del **25 de febrero de 2011**, operando la prescripción respecto del reintegro de los descuentos efectuados con anterioridad a esa fecha, por prescripción, tal como se indicará en la parte resolutiva de la sentencia.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las suma que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de los descuentos mencionados desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago[8].

La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 197 del C.P.A.C.A. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del citado artículo.

Costas: Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso[9], la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: "*La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365 Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.*". (Subrayas para resaltar)

---

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

[9] Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

El Consejo de Estado[10] ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

> *"Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.*
>
> *Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil*
>
> *Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"*
>
> *Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>> [11]"*

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

DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto ficto presunto negativo de la petición del 25 de febrero de 2014, por medio del cual la **Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR al Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio,** la **suspensión** de los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales de **junio y diciembre** de la señora **Ana Aurora Carranza Ruíz ,** así como **el reintegro de tales aportes** a partir del **25 de febrero de 2011**.

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y

---

[10] Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

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

que tiene por objeto traer a valor presente las suma que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de los descuentos mencionados desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago[12].

La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 197 del C.P.A.C.A. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del citado artículo.

CUARTO.- CONDENAR al cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ

AP

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