



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

Bogotá D.C., 19 de noviembre de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-00490-00
Demandante: Carmen Elena Quintero Méndez
Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FOMAG
Tema: Reliquidación docente – Descuentos en Salud

Sentencia No. 144

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, escuchados los alegatos de las partes, no evidenciando nulidad que vice lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral referente teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

- 1.- Solicita se declare la nulidad de la Resolución No. 1715 de 05 de septiembre de 2018, por la cual se niega el reconocimiento y pago del ajuste a la reliquidación de la pensión por aportes por la Secretaria de Educación de Cundinamarca y el reintegro de todos los descuentos realizados con destino a la salud, sobre las mesadas adicionales
- 2.- A título de restablecimiento y derecho se ordene, la reliquidación pensional incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y, el reintegro y la suspensión de todos los descuentos realizados con destino a la salud, sobre las mesadas adicionales.
- 3.- Condenar a la demandada a reconocer y pagar a favor de la accionante el pago de la diferencia que se cause con la reliquidación ordenada y la devolución de los aportes, debidamente indexada
- 4.- Condenar a la demandada el pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria conforme lo establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A.
- 5.- Costas a cargo de la demandada y, el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y ss del CPACA

Normas violadas y concepto de violación: Art. 15 de la ley 92 de 1989, artículo 1 de la ley 71 de 1985, Ley 62 de 1985 y el decreto 1045 de 1978.

Señala la demanda que el demandante en los términos de la ley 812 de 2003, por encontrarse vinculado con anterioridad es beneficiado de la ley 91 de 1989, norma que toma en cuenta la ley 33 de 1985, esto es, que el empleado oficial que haya servido por 20 años de servicio y 55 años de edad tiene derecho a ser pensionado con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Dicha disposición normativa no establece de manera taxativa los factores que conforman la base para calcular la mesada pensional, pues la disposición es de carácter general, por ello, es dable acudir a la posición jurisprudencial unificada del H. Consejo de Estado dictada el 4 de agosto de 2010 en donde se determinó que en casos como el estudiado se deben incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador en el último año de servicios.

Página 1 de 15

Por las razones anteriores el acto demandado no se ajusta a derecho, porque desconoce el contenido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y, del decreto 1045 de 1968, toda vez que los factores salariales enunciados en él son superiores a los que se tomaron en cuenta para establecer el monto de la mesada pensional

Señala que el incremento de los aportes en salud conforme el artículo 81 de la ley 812 de 2003 obliga a asumir la totalidad de los aportes de la cotización del 12%, toda vez que la norma remite a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. De esta forma el incremento de la cotización y su remisión a la Ley 100, no es otra que la derogatoria del numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, razón por la que resulta aplicable lo señalado en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 además de la ley 43 de 1984 disposiciones que señalan la prohibición de realizar cualquier descuento sobre las mesadas adicionales. De igual manera aporta extractos de jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado, los cuales no avalan los descuentos por concepto de salud de las mesadas adicionales por cuanto al realizar el descuento en la mesada adicional se descontaría el 24%.

Problema jurídico

El **primer problema** El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por ser beneficiaria del régimen de transición docentes establecido en la ley 812 de 2003 o si por el contrario no es procedente anular los actos demandados teniendo en cuenta que la entidad aplicó correctamente la Ley 71 de 1988 considerando el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, esto es, la asignación básica y la prima de vacaciones.

El **segundo problema** jurídico consiste en establecer si es procedente declarar la nulidad del acto demandado por la derogatoria del inciso 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989 por parte del inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 el cual remite a la ley 100 de 1993 el tema de los descuentos en salud y la aplicabilidad de la ley 43 de 1984 y el párrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002 en donde se prohíbe descuento alguno sobre las **mesadas pensionales adicionales** o si por el contrario, como lo señala la entidad demandada, es procedente realizar los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales conforme con el inciso 5º del artículo 8 de la ley 91 de 1989 porque el inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 solo reguló el valor total de la tasa de cotización por parte de los docentes afiliados al Fondo Nacional a la suma de aportes que para salud e establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, sin modificar la obligación de los afiliados a aportar sobre las mesadas adicionales.

Hechos probados

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

.-Resolución No. 0878 del 8 de junio de 2010, por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación por aportes, indica que la demandante nació el 10 de julio de 1953, se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de Jubilación efectiva a partir de su status pensional, esto es a partir de 11 de julio de 2008, considerando como factores el sueldo, prima de vacaciones y auxilio de alimentación conforme a la ley 71 de 1989 fl.18-22.

.-Resolución No. 001715 de 05 de septiembre de 2018, por la cual niega el reconocimiento y pago del ajuste a la reliquidación de la pensión por aportes teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicio (fl. 27-28)

.-Certificado de salarios del año 2011 y 2012 en donde se indica que los factores sobre los cuales se cotiza para el sistema de seguridad social son la asignación básica y la prima de vacaciones, folio 37

- Certificado de salarios del año 2011 y 2012 en donde se indica que los factores sobre los cuales se cotiza para el sistema de seguridad social son la asignación básica y la prima de vacaciones, folio 37
- certificación de la fiduprevisora visible a folio 35 en donde se pone de presente el descuento por salud sobre la mesada pensional correspondiente al mes de junio y diciembre.

En aras de resolver el sub-judice, el Despacho estima necesario precisar las premisas normativas que sustentarán la presente providencia:

Solución al primer problema jurídico Reliquidación Pensional Docente

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[...] Parágrafo 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, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se colige que se rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional normatividad que a su vez permitió la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 3135 de 1968, por tanto, no pertenece al régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues esa misma ley fue la que determinó que los docentes oficiales se encontraban cobijados por un régimen exceptuado (artículo 279).

Recuerda el despacho que, en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señaló que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. En el caso de los docentes los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al estatus y/o al retiro del servicio, pues dada la condición de ser un régimen especial, estos pueden recibir mesada pensional y paralelamente continuar en el servicio oficial y obtener la remuneración salarial correspondiente.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionó tres (3) factores salariales a la lista allí consignada.

Respecto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila¹, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

¹ Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.

Esta decisión se adoptó en consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda, al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945.

Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado replanteó su tesis mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés señaló de manera clara que la regla referente al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la primera subregla que tiene que ver con el periodo de liquidación de la pensión no resulta aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fonpremag

Y, referente a la segunda (2a) subregla aclara que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiados con la ley 33 de 1985 son únicamente aquellos factores sobre los que se haya realizado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, lo anterior se sustenta en el artículo 48° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y lo desarrolla en consonancia con el acto legislativo 01 de 2005 cuyo inciso 6o expresamente dispone que "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

Consideramos que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante corresponde al 75% del promedio de los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio.

Así lo determinó la sentencia unificada del Consejo de Estado del 25-04-19² con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés

"...De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así: a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, **los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.** b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones..."

Efectos retrospectivos de la sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 Retomando lo indicado en Sala Plena, la anterior sentencia unificada de la sección segunda acudió al método de aplicación retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que es obligatorio para todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Los efectos de la decisión, dice el fallo, garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia unificada. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas

²Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 Sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19

con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

La ley 71 de 1988

La Ley 71 de 1988, que permitió a los trabajadores acumular tiempos servidos en el sector público y privado a efectos de obtener el reconocimiento pensional por aportes, dispuso en su artículo 7, que:

“Artículo 7 .- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

~~Parágrafo.- INEXEQUIBLE. Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.~~ (Parágrafo declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-012 de 1994)

La anterior disposición fue reglamentada por el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 2709 de 1994, norma que consagró en su artículo primero, que:

“Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.”

El artículo 5 ibidem, se refirió a los tiempos no computables en los siguientes términos:

“Artículo 5°. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.”

El anterior artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia del 28 de febrero de 2013³, al considerar que el ejecutivo se había excedido en sus facultades reglamentarias, comoquiera que el cómputo de los tiempos de servicio tenía reserva legislativa, por lo que no le era dable al Gobierno referirse al respecto.

El salario base para liquidar la pensión de jubilación por aportes, creada mediante la Ley 71 de 1988, fue adoptado en el artículo 6 del decreto 2709 de 1994, norma que dispuso:

“Artículo 6°. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.”

³ Radicado interno 2409-08, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-00490
Demandante: Carmen Elena Quintero
Demandado: Ministerio de Educación - FOMAG

El artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, fue derogado expresamente por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, artículo que fue declarado ajustado a derecho por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de septiembre de 2010⁴. Sin embargo, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 15 de mayo de 2014⁵, declaró la nulidad parcial del artículo 24 del decreto 1474, solamente en lo relacionado con la derogación del artículo 6 del decreto 2709 de 1994, por considerar existía un vacío normativo en lo relacionado a la disposición aplicable en la liquidación de la pensión por aportes.

Sobre los efectos de la sentencia del 15 de mayo de 2014, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 19 de febrero de 2015, rad. 25000-23-25-000-2007-00612-01(2302-13), se indicó:

"Como no existió modulación de los efectos de la sentencia del 15 de mayo de 2014, significa que aplica la regla general conforme la cual los efectos de los fallos de nulidad de los actos administrativos son hacia el pasado, ex tunc, por ende se hace de cuenta que producen efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado, en este caso desde el 30 de mayo de 1997 en que se dictó el Decreto 1474, que en su artículo 24 había decretado la derogatoria del artículo 6º del Decreto 2709 de 1994, de ahí que se hace de cuenta que este último nunca salió del mundo jurídico."

El monto de la pensión de jubilación por aportes fue determinado en el artículo 8 del Decreto 2709 de 1994, que indicó lo siguiente:

"Artículo 8º. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley."

Así las cosas, se tiene que la Ley 71 de 1988 y su decreto reglamentario 2709 de 1994, regularon el reconocimiento de la pensión por aportes para aquellos trabajadores que hubieren realizado cotizaciones tanto en el sector público, como en el sector privado, exigiendo para su reconocimiento, 20 años de servicios, y 60 años de edad si es hombre, o 55 de años si es mujer.

Caso concreto

La demandante para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no gozaba de un régimen de excepción.

La parte demandante solicita en sede judicial que se aplique el IBL con fundamento en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, para efectos de que se tengan todos los factores devengados en el último año de servicio en un 75%.

La accionante se encontraba vinculada como docente distrital desde el 1997, es decir, antes de la fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003 - 27 de junio de 2003- por lo cual su régimen pensional corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989, esto es el vigente para ese entonces, ley 71 de 1988.

De acuerdo con la jurisprudencia citada del 25-04-19, la demandante no tiene derecho a que se le incluyan factores distintos a los cotizados para el sistema pensional, razón por la que se negaran las

⁴ Radicado interno 2586-07, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Demandante: Luis Enrique Álvarez Vargas. Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁵ Radicado interno 2427-2011, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Héctor Elías Núñez Ramos. Como razones para declarar la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, entre otras cosas, dijo la Sección Segunda:

"Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aun cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).

Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional."

pretensiones de la demanda dado que al liquidar la pensión considero el 75% del promedio de la asignación básica, la prima de vacaciones el auxilio de alimentación,

Solución al segundo problema jurídico. Análisis de la disposición normativa, estudio sobre la violación al derecho a la igualdad y, la prohibición del régimen general de realizar cualquier descuento sobre las mesadas adicionales tal como se dispone en el párrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002

El artículo 8º de la Ley 91 de 1989 posibilita la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales.

No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementa la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados quienes asumen la totalidad de la cotización del 12%, toda vez que la norma remitió el asunto a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Sobre este tema es dable anotar que la Ley podía ordenar a los pensionados asumir integralmente la cotización en salud. En efecto, la sentencia C-126 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, declaró exequible el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que precisamente establece esa obligación en cabeza de los pensionados. La Corte consideró que, en desarrollo del principio de solidaridad (CP art. 1º), y con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, bien podía la ley ordenar que los pensionados asumieran esa cotización, teniendo en cuenta la reducción del número de trabajadores activos por pensionado, y que en el momento en que la persona reúne los requisitos para acceder a la pensión, entonces cesa su obligación de cotizar por tal concepto, y por ello, *“y sin que existan equivalencias matemáticas, la disminución del ingreso del jubilado, por cuanto debe asumir integralmente su cotización en salud, es en parte compensada por el hecho de que cesa la obligación de aportar para pensiones”*.

En esas circunstancias, señaló la Corte que no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización en salud.

El interrogante que subsiste es si la norma debió o no prever una regulación igual que en el régimen general que prohíbe descuento alguno sobre las mesadas pensionales adicionales (párrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002⁶)

Hubo una presunta omisión legislativa? el Congreso tenía la obligación de establecer para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que se han regido por un régimen de seguridad social específico, un mecanismo idéntico que prohíba descuento alguno sobre las mesadas adicionales tal como lo ordena el artículo 1 del decreto 1073 de 2002 establecido para los pensionados del régimen general de seguridad social?

⁶ **Parágrafo** De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesada adicional.

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

Art. 142 Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional **cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988** tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2408 de 1982, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual

El demandante considera que la ley tiene que tratar de la misma manera a los pensionados del sistema general y a los pensionados del régimen especial docente, por esta razón el incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tiene como efecto la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989.

La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.

El respeto por los derechos adquiridos reviste aún mayor fuerza en tratándose de derechos laborales, pues el trabajo y la seguridad social gozan de una especial protección por parte de la Carta. Por este motivo, es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general.

Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, **que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre.** Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta⁷

Un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente la Corte ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio. Por ello, ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. **Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos.** Y por ello se ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica⁸. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social.

Sin embargo, la Corte ha precisado que lo anterior no significa que sea imposible formular cargos de igualdad por eventuales discriminaciones que hayan podido ser ocasionadas en un régimen especial.

⁷ Sentencia C-461 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamentos 4 y 5. Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999 y C-080 de 1999.

⁸ Ver, entre otras, las sentencias C-1032 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999, Fundamento 3, C-080 de 1999 y T-348 de 1997.

Y precisamente con ese criterio, por ejemplo la sentencia C-461 de 1995 condicionó la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues consideró que esa norma, al exceptuar a los docentes del régimen de seguridad social general, había excluido a algunos pensionados afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la mesada adicional, sin prever para esos docentes un beneficio igual o equivalente a la dicha mesada adicional, lo cual era discriminatorio.

En principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a las otras prestaciones. Por ejemplo, la concesión de un tratamiento médico para ciertas dolencias puede, en muchos casos, no ser separable del conjunto de prestaciones previstas para la salud, por cuanto el régimen provee en general un paquete general de servicios. Así, el régimen de salud de un régimen especial puede ser globalmente superior, aunque sea menos benéfico en relación a un determinado servicio concreto, sin que por ello exista violación a la igualdad. **Pero en cambio, la mesada pensional adicional o la pensión de sobreviviente del cónyuge supérstite gozan de suficiente autonomía para ser consideradas prestaciones individualizables y separables del conjunto del sistema pensional, por lo cual ha sido procedente en tales eventos un examen específico de una eventual violación a la igualdad, debido a una regulación distinta en el sistema general de seguridad social y en los regímenes especiales.**

Análisis interpretativo.

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

Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente.⁹

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

Así las cosas se debe entender que los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud los cuales tienen el carácter de **contribuciones parafiscales**, solamente se pueden hacer sobre las

⁹ Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.

mesadas ordinarias puesto que existe una prohibición de cualquier descuento sobre las mesadas adicionales en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002.

Los aportes al sistema de salud por ser un gravamen que incide sobre la mesada pensional debe estar ordenado de manera clara en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, que debe permear toda contribución.

Tal apreciación ha sido considerada por la Corte Constitucional en Sentencia C-430 de 2009, de la siguiente forma:

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

Estimamos que hubo una derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 razón por la que, para el tema en estudio, debe darse total aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y, como quiera que el objeto de la disposición normativa fue establecer una contribución uniforme para todos los pensionados es entendible que dicha contribución sea sobre la mesada ordinaria, mas no sobre las mesadas adicionales.

Teniendo en cuenta que las mesadas adicionales son una prestación separable al sistema especial la prohibición del régimen general establecido en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 es aplicable a los docentes.

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

Referente a este tema la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que no es procedente efectuar descuento alguno a las mesadas adicionales de junio y diciembre por las siguientes razones: ¹⁰

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

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

"Artículo 204.- Monto y distribución de las cotizaciones. - Inciso primero, modificado por el artículo 10 de la ley 1122 de 2007.- La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá

¹⁰ 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

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)”¹¹.

Inciso segundo original de la ley 100/93.- Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995. (...)” (Resalta la Sala).

En el punto que interesa a la consulta, se observa que el inciso adicionado por la ley 1250 de 2008 dispone que la cotización **mensual** de los pensionados es del 12% **de la respectiva mesada pensional**, con lo cual se advierte que esta cotización se descuenta de las mesadas pensionales ordinarias, esto es, las que se pagan por las mensualidades del año, no por la mensualidad adicional de diciembre o el pago adicional de junio.

En otras palabras, la cotización del 12% del mes de **junio**, por ejemplo, se toma “de la respectiva mesada pensional”, como dice la norma, es decir, de la mesada de junio, de la mesada correspondiente a ese mes, **no del pago adicional de junio**, para el caso de los pensionados que dentro del régimen pensional analizado, tienen derecho a este pago.

Lo mismo sucede con la cotización de **diciembre**, ésta se descuenta sobre la mensualidad pensional **ordinaria de diciembre**, no sobre la mensualidad **adicional** que se paga en ese mes.

El artículo 27 del Código Civil¹² establece como criterio de interpretación jurídica la literalidad de la norma cuando es clara, como sucede en el presente caso, ya que el inciso adicionado al artículo 204 de la ley 100 de 1993 por el artículo 1º de la ley 1250 de 2008, que es la norma aplicable a los docentes del segundo régimen pensional, conforme a lo explicado, establece claramente que la cotización mensual para salud de los pensionados se toma de la respectiva mesada pensional, esto es, **de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional.**

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

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

La **Ley 43 de 1984** dispuso:

¹¹ La parte entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-430 de 2009, con efectos desde el 27 de noviembre de 2008.

¹² Código Civil - “Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)”.

"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°. 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).¹³

A su vez, el artículo 16 del Decreto 732 de 1976 reglamentario de la Ley 4ª de 1976 señalaba que para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación y un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria.

El artículo 7º de la Ley 42 de 1982 "Por la cual se determinan los Grados de las Organizaciones Gremiales de los Pensionados y se dictan otras disposiciones" prohibió todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, tanto a las organizaciones gremiales, como a las entidades encargadas del pago de pensiones¹⁴. Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984¹⁵.

Nuestro órgano de cierre en los citados pronunciamientos ha estimado improcedentes los descuentos por concepto en salud en las mesadas adicionales, de junio y diciembre, previstas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, criterio que acoge este Despacho puesto que la voluntad del legislador fue regular "... **El valor total de la tasa de cotización** por los docentes afiliados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003..." **resaltando que el legislador no señala el valor parcial de la tasa de cotización para ser completada por otra disposición normativa** y entendiendo que la tasa de cotización es realizada en la pensión **de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional**, tal como lo interpretó la Sala de Consulta y Servicio Civil

Según la Real Academia Española de la lengua la palabra TOTAL viene del latín mediev totalis, y este derivado el latín totus 'todo entero' y significa el Resultado de una suma u otras operaciones; así las cosas consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993,

¹³ ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus ordenes, 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".

¹⁴ARTÍCULO 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.

¹⁵ "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".

luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG.

Caso concreto

El demandante elevó petición ante la secretaria de educación el 02 de mayo de 2018 solicitando el reintegro de todos los descuentos de las mesadas adicionales y, su no cobro por improcedencia legal folios 23 -24 del expediente. Mediante resolución 1715 de 05 de septiembre de 2018 la entidad niega la anterior solicitud.

Consideramos que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG, adicionalmente, siendo una prestación separable del sistema está prohibido en los términos del artículo 1 del decreto del decreto 1073 de 2002 realizar algún tipo de descuento.

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

Prescripción En lo concerniente a la prescripción trienal, establece el artículo 151 de Código de Procedimiento Laboral

*“Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”
(Subrayas fuera del texto original).*

Por tanto, se ha de indicar que, de en la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la señora Carmen Elena Quintero, le fue reconocida la pensión efectiva a partir del **11 de julio de 2008** y, elevó petición **el 02 de mayo de 2018** según resolución N. 878 del 8 de junio de 2010 habiendo transcurrido más de tres (3) años entre el reconocimiento pensional y la solicitud de reintegro y cesación de descuentos por salud en las mesadas adicionales.

Así las cosas, y atendiendo 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 **02 de mayo de 2018** ordenando el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de **diciembre** a partir del **02 de mayo de 2015** por prescripción trienal.

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 pago¹⁶.

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. La Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, estableció que *"Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En este caso, no se condenará en costas al demandante teniendo en cuenta que no se ha probado en esta instancia las agencias en derecho además de no evidenciar una actuación temeraria con ocasión al cambio jurisprudencial del H. Consejo de Estado.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO 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 parcialmente la nulidad del acto demandado resolución No. 1715 de 05 de septiembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR al Ministerio de Educación-Fomag, la suspensión** de los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales de la señora Carmen Elena Quintero a partir del 02 de mayo de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva.

Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia y, en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. a no ser que se dé el supuesto señalado en el inciso 4 de dicha normatividad

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

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

QUINTO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda

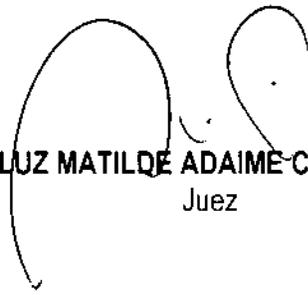
SEXTO: En firme esta sentencia, por la Secretaría **COMUNICAR** su contenido a la entidad condenada para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011) así mismo, se autoriza desde ahora la expedición de copia del fallo en los términos del numeral artículo 114 del C.G.P. si alguna de las partes lo solicita y se ordena el **ARCHIVO** de las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

¹⁶Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-00490
Demandante: Carmen Elena Quintero
Demandado: Ministerio de Educación - FOMAG

SEPTIMO. - Esta sentencia queda notificada en ESTRADOS, conforme se establece en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 y 192 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

DRBM

