



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veinte (20) de Enero de dos mil quince (2015)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO N°: 70-001-33-31-003-2013-00079-00
DEMANDANTE: MARIA LOURDES ARRIETE DE ORDOSGOITIA
DEMANDADO: NACION- MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE SUCRE- SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL- FIDUPREVISORA S.A.

TEMA: DESCUENTO PARA SALUD A LOS DOCENTES PENSIONADOS POR EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – IMPOSIBILIDAD DE DESCUENTO FRENTE A LAS MESADAS ADICIONALES –

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. Partes.

- Demandante: **María Lourdes Arrieta De Ordosgoitia**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.839.446, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandada. **Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Departamento de Sucre- Secretaría de Educación Departamental- Fiduprevisora S.A.**

¹ Folios 10 - 11

1.1.2. Pretensiones.

- Que se declare la nulidad absoluta del oficio No. 2011ER-117732 sin fecha proferido por el Director de Afiliaciones y Recursos de la Fiduprevisora S.A., a través el cual se le negó la suspensión reintegro de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de su pensión de jubilación a la demandante desde la fecha en que adquirió su estatus de pensionada.
- Que se decrete la nulidad absoluta del oficio No. 700.11.03.SE.OPSM-0246 de fecha 17/02/04 proferida por el líder del programa administrativo y financiero de la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, mediante el cual se le negó la petición que se le formula, en el sentido de abstenerse en continuar realizando los descuentos que con destino al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio se le hace a la demandante, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año de su pensión de jubilación desde la fecha en que adquirió su estatus de pensionada.
- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a titulo de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaria Departamental de Sucre- Departamento de Sucre- Fiduciaria la Previsora S.A., para que suspenda y reintegre dichos descuentos que le vienen realizando a la demandante sobre sus mesadas adicionales de junio y diciembre sobre su pensión de jubilación desde la fecha en que adquirió su estatus de pensionada.
- Que como efectos de las anteriores declaraciones se condene a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaria Departamental de Sucre- Departamento de Sucre- Fiduciaria la Previsora S.A., a pagar al demandante la indexación sobre la primera mesada pensional de conformidad con la ley, calculada desde la fecha desde su exigibilidad y hasta cuando el pago se verifique.

1.1.3. Hechos.

- Manifiesta la demandante que fue pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante resolución 0043 de fecha 1° de febrero de 2006.
- Argumenta que, desde que recibió su pensión de jubilación, le han venido realizando descuentos por concepto de salud conocida como aportes de ley mesada adicional con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre las mesadas adicionales de su pensión de Jubilación.

- Sostiene que en la resolución No. 0043 del 01 de febrero de 2006, en ninguno de sus acápites considerativos ordenan los descuentos con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, pues lo único que autoriza es el descuento solamente de cada mesada pensional ordinaria para efectos de la prestación del servicio medico asistenciales en beneficio del jubilado.
- Indica que como consecuencia de lo anterior solicitó mediante petición de fecha 16 de diciembre de 2010 que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se abstenga de continuar realizando los descuentos que por concepto de salud se le vienen realizando sobre las mesadas adicionales junio y diciembre de cada año de su pensión de jubilación, así mismo, se le reconozca y pague dichos descuentos con los intereses moratorios y la respectiva indexación de las sumas descontadas.
- Arguye la accionante que la petición fue resuelta por la Fiduprevisora S.A., mediante oficio No. 2011EE7443-01 del 02 de octubre de 2011 y el oficio No. 700.11.03.SE.OPSM-0246 sin fecha, proferido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre.
- Sostiene la actora que los descuentos que se le hacen, no están ordenados en ningún acto administrativo particular y concreto, mucho menos en la resolución que le reconoce la pensión de jubilación, y por lo mismo al hacerle deducciones por tales conceptos, se le vulnera el derecho al debido proceso, entre otros mas.

1.1.4. Disposiciones Violadas.

Artículo 1, 6, 7, 12, 25, 26, y 42 y 53 de la Constitución Política; ley 1437 de 2011 artículos 64, 138, 155, 156, 162, 163, 165, 166; ley 89 de 1991 artículo 8; ley 812 de 2003; ley 797 de 2003; decreto 2341 de 2003; ley 153 de 1887; ley 43 de 1984; ley 42 de 1982; ley 100 de 1993 y ley 1250 de 2008.

1.1.5. Concepto de la violación.

Manifiesta la parte actora que las decisiones contenidas en los oficios No. 2011EE7443-01 del 02 de octubre de 2011 y el oficio No. 700.11.03.SE.OPSM-0246 del 24 de abril de 2011, proferido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, es violatorio de los artículos 2, 6, 29 y 53 de la Constitución Nacional, ley 89/91 artículo 8, ley 812 de 2003; ley 797 de 2003; decreto 2341 de 2003; ley 153 de 1887; ley 43 de 1984; ley 42 de 1982; ley 100 de 1993 y ley 1250 de 2008.

Argumenta que en la ley 1250 de 2008 la cual establece que la cotización del 12% en salud de los pensionados, las entidades reconocedoras y pagadoras deberán aplicar este porcentaje a partir de cada mesada pensional y nunca incluir las mesadas adicionales de junio y diciembre, por tanto es arbitraria de parte de los entes demandados, en especial la

fiduprevisora S.A., de hacer descuento sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre a los docentes, con los cuales viola artículos de la Constitución como son el 2, 29 y 53.

Explica que, con las pruebas aportadas es beneficiaria de la pensión de jubilación que trata la ley 4 de 1992 y que en ninguna parte de la resolución por medio del cual se le reconoció la pensión, se faculta a entidad alguna a hacer descuentos con destino al fondo de sus mesadas adicionales de junio y diciembre de su pensión de jubilación, lo que concluye a que haya una desmejora salarial producto de una decisión unilateral, así mismo no existe texto legal que faculte a la entidad para hacer descuentos que vienen siendo objeto de su pensión de jubilación, puesto que el artículo 8 de la ley 91 de 1989 le es inaplicable a los docentes el doble de descuentos tanto en su mesada ordinaria como y adicionales de su pensión de jubilación.

Advierte que, una de las razones por las cuales se niega la solicitud presentada a efectos de que la entidad demandada se abstenga de seguir haciendo descuentos con destino al fondo, indicando que la ley 91 de 1989 con relación a la pensión de jubilación solo hace referencia a la competencia que tiene el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduprevisora S.A., para el reconocimiento de la misma. La citada norma no establece descuentos para la salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año sobre la pensión de jubilación por lo que se aplica la norma general.

Sostiene la accionante que se violan las leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, toda vez que no establece que se debe hacer descuentos de la pensión de jubilación en las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, con destino a la salud ni mucho menos con destino al fondo, por lo tanto los actos administrativos mediante el cual se le niega la petición resultan viciados de nulidad.

Indica que, las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del 12% con destino al pago de la cotización de los pensionados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, aunque la norma lo dispone para el mes de diciembre y para el mes de junio la ley menciona que solo equivale para una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de aporte para salud, entonces el descuento para salud es el del 12% mensual, por lo que no se puede pagar en junio y en diciembre el 24% para cada uno de estos meses.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 22 de abril de 2013 la demanda fue presentada en la oficina judicial y recibida por este despacho el 23 de abril del mismo año².

² Folio 9-38

- Por auto del 25 de abril del 2013 se inadmitió la demanda³.
- La demanda fue admitida mediante auto del 07 de mayo de 2013⁴.
- La demanda fue notificada a las partes el 17 de mayo de 2013⁵.
- Aparece memorial suscrito por el señor CESAR AUGUSTO CASTILLO CABALLERO, quien dice ser apoderado del Ministerio de Educación Nacional, quien no se le tuvo por contestada la demanda toda vez que no acreditó el poder ni la calidad con la que concurría al proceso.⁶
- El Departamento de Sucre⁷, mediante apoderado presentó memorial dentro del término conferido contestando la demanda.
- El Instituto de los Seguros Sociales contestó la demanda pese a no estar vinculado como parte dentro del proceso⁸
- El día 29 de agosto de 2013⁹ se corrió traslado de las excepciones propuestas a la parte demandante. Por lo cual el apoderado de la parte actora presentó memorial contestando las excepciones propuestas.¹⁰
- A través de auto del 19 de septiembre de 2013 se fijó fecha para audiencia inicial¹¹.
- El día 12 de noviembre de 2013 se llevó a cabo audiencia inicial en la cual no hubo excepciones que decidir, se fijó el litigio, se surtió la etapa de conciliación, se decretaron pruebas y se fijó fecha para audiencia de pruebas¹².
- El 04 de marzo de 2014 se realizó audiencia de pruebas a la cual no se incorporaron las pruebas requeridas por lo que se suspendió la presente audiencia.¹³
- El 12 de mayo de 2014 se llevó a cabo continuación de audiencia de pruebas en la cual no se allegaron las pruebas requeridas, por lo que se suspendió la presente audiencia¹⁴.
- El 10 de junio de 2014 se reanudó la audiencia de pruebas, incorporándose a esta la documentación requerida a la Fiduprevisora y se ordenó presentar alegatos de conclusión.¹⁵
- Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión dentro del término.¹⁶

³ Folio 40

⁴ Folios 52

⁵ Folios 57 - 81

⁶ Folios 82-88

⁷ Folios 89 - 385

⁸ Folios 386-429

⁹ Folio 430

¹⁰ Folios 431-432

¹¹ Folio 434

¹² Folios 461 - 468

¹³ Folios 481 - 484

¹⁴ Folios 490 - 493

¹⁵ Folios 516-519

¹⁶ Folios 517-522

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- Mediante memorial presentado el 21 de junio de 2014, el señor CESAR AUGUSTO CASTILLO CABALLERO, presentó contestación de la demanda en nombre del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la cual se dio por no contestada, toda vez que no fue presentada la calidad en la que venía en representación ni los soportes, es decir, no presento poder.¹⁷
- El Departamento de Sucre¹⁸ contestó la demanda dentro del término conferido, a lo cual indicó:

Frente a los hechos:

- En consideración al hecho primero, tercero, quinto, son ciertos según la documentación aporta al proceso.
- Frente al hecho cuarto no es un hecho, se trata de la pretensión principal de la demanda.
- Respecto al hecho sexto, no es un hecho, es una apreciación subjetiva del demandante.
- Al hecho séptimo, no es un hecho propiamente, se trata de un requisito de procedibilidad.
- Respecto al hecho octavo, no es un hecho, son apreciaciones subjetivas del demandante.

Frente a las pretensiones:

Manifiesta que se opone a todas y cada una de las solicitadas con la demanda puesto que no tienen sustento jurídico ni de facto.

Indica que el sujeto pasivo al cual se dirige la demanda, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por estar la demandante afiliada al mismo y es éste el llamado a sufragar las prestaciones a que tiene derecho la accionante.

Argumenta que la ley 91 de 1989 artículo 4 y 5; la ley 812 de 2003 y la ley 1122 de 2007, amparan los descuentos que se están realizando y por lo tanto no hay lugar a devolución alguna. No se puede condenar a pagar una obligación que no le corresponde la Departamento, puesto que este no intervino en la creación del acto que reconoció la pensión de jubilación de la demandante y esta no es la encargada de hacer dichos descuentos por lo que no tiene legitimidad en la causa por pasiva.

¹⁷ Folios 82-88

¹⁸ Folios 89-385

Considera que no es responsable por los perjuicios que se le imputan, además considera que no se han violado las normas constitucionales y legales propuestas por la demandante en razón de que este no es responsable por los hechos que se le imputan.

Por último propuso las excepciones de: **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, SUBSIDIARIA DE LEGALIDAD DEL MONTO DEL DESCUENTO PARA SALUD Y EXCEPCIÓN SUBSIDIARIA DE BUENA FE.**

En consideración a la **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**, argumenta que la parte actora se equivoca cuando confunde la fuente de la obligación, el reconocimiento de la obligación, el pago de la obligación y las consecuencias jurídicas del pago como son la obligación de aportar a salud y el derecho a disfrutar del régimen de seguridad social en salud.

Agrega, que la fuente de la obligación pensional es la Ley y el reconocimiento de la obligación según las leyes corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Adiciona, que el Departamento de Sucre no tiene obligación de pagar sino el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cabeza de la Fiduprevisora y el Ministerio de Educación Nacional quien posee personería jurídica.

En cuanto a la excepción de **SUBSIDIARIA DE LEGALIDAD DEL MONTO DEL DESCUENTO PARA SALUD**, arguye que como quedó demostrado en razones de las defensas hay fundamento jurídico legal para tal montos de los descuentos. Además, por equidad, por compensación, por solidaridad, ahora estos se niegan a contribuir como manda la ley de modo universal, solidario e igualitario a un descuento que de todos modos les beneficia a ellos y de paso a quienes no tienen la fortuna de tener un empleo, un sueldo y a veces pensiones.

Y por último en consideración a la excepción **SUBSIDIARIA DE BUENA FE**, indica que en caso de no prosperar la anterior excepción habría que considerar el monto de los descuentos se ha hecho de buena fe, entre otras cosas porque si un funcionario descuenta menos de lo legal podría ser acusado de peculado culposo, ya que estos son dineros públicos por su destinación.

Por tanto, el monto de lo ya descontado no sería reembolsable y un fallo favorable al actor solo operaría hacia futuro. En el peor de los casos no habría lugar a intereses ni indexación.

- Así mismo se encuentra contestación a la demanda realizada por parte del Instituto de los Seguros Sociales (ISS), la cual no se tendrá en cuenta, debido a que esta no es sujeto pasivo dentro del proceso, ni mucho menos fue notificado dentro de la presente acción.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- **La parte demandante¹⁹:** manifiesta que dentro de las mesadas pensionales, cuya devolución general de descuentos solicita, aparecen las mesadas adicionales de junio y diciembre. Reitera sus alegatos en los hechos y motivaciones presentados en el escrito contentivo de la demanda.
- **El Departamento de Sucre²⁰:** manifiesta que se opone una vez más a cada una de las pretensiones de la demandante.

Indica que de los dos actos administrativos atacados en la demanda, uno de ellos fue expedido por el Departamento de Sucre, pero no se puede condenar a pagar una obligación que no le corresponde, como son los descuentos que se le realizan a la demandante en su mesada pensional de los meses de junio y diciembre a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Departamento nunca ha dejado de pagar, ni descontado dineros indebidamente, por lo que el demandante no debió vincularlo por no haber participado en el incumplimiento administrativo laboral que se le endilga. Así mismo, advierte que solo está facultado para expedir el acto administrativo de reconocimiento y pago de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 de la ley 962 de 2005.

Manifiesta que sus funciones son las de tramitar las prestaciones sociales de los docentes que prestan sus servicios y que la ley los faculta para expedir el acto administrativo de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no del Departamento de Sucre, entonces no se puede atribuir a la Secretaría de Educación Departamental y al Departamento de Sucre una legitimación en la causa por pasiva sobre las pretensiones reclamadas.

- **El ministerio público:** la representante del Ministerio Público no hizo presentación de alegatos de conclusión.

¹⁹ Folios 524-526

²⁰ Folios 521-523

2. CONSIDERACIONES:

2.1. Competencia:

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

2.2.- Actos administrativos demandados.

Se pretende la nulidad del acto administrativo No. 2011ER-117732 Sin fecha proferido por la Fiduprevisora S.A., a través el cual se le negó la suspensión reintegro de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de su pensión de jubilación a la demandante desde la fecha en que adquirió su estatus de pensionada, y la nulidad absoluta del oficio No. 700.11.03.SE.OPSM-0246 de fecha 17/02/04 proferida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, mediante el cual se le negó la petición que se le formula, en el sentido de abstenerse en continuar realizando los descuentos que con destino al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio se le hace a la demandante, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año de su pensión de jubilación.

2.3. Problema jurídico

De acuerdo a los planteamientos de las partes el problema jurídico a resolver se plantea de la siguiente manera:

¿Cuál es el porcentaje del descuento que debe realizarse por concepto de servicios de salud, a los docentes nacionales o nacionalizados que reciben pensión de jubilación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO?

Para resolver la controversia, se hace necesario abordar los siguientes tópicos. i) Naturaleza jurídica de la función de hacer los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, ii) De los descuentos para salud en las mesadas adicionales, iii) caso concreto.

2.4. Naturaleza jurídica de la función de hacer los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

A la luz de la ley 43 de 1975, la nación y las entidades territoriales, asumieron las obligaciones prestacionales respecto del personal docente; con ese fin mediante el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, el legislador creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, **cuyos recursos serán manejados**

por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta²¹, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil.

Así las cosas, la entidad pagadora de la pensión, para el caso concreto, la Fiduciaria la Previsora S.A. como entidad encargada de administrar el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tiene el deber legal²² de realizar sobre la pensión que paga, los descuentos autorizados por la ley.

Ahora bien el descuento para salud sobre la pensión, tiene su fundamento en el artículo 8 numeral 5 de la Ley 91 de 1989 y que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, establece que la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo, es la establecida en las Leyes 100 de 1993, 797 de 2003. Igualmente, es importante resaltar que el valor de la cotización, fue aumentado por la Ley 1122 de 2007, artículo 10, al 12.5%.

El descuento para salud inicialmente se consagró de manera general en el decreto 1743 de 1966²³ reglamentario de la ley 6 de 1966²⁴, ley 4 de 1966 y el decreto 732 de 1976²⁵ reglamentario de la ley 4 de 1966, decreto ley 3135 de 1968 y el decreto reglamentario 1848 de 1969.

El artículo 90 de la última norma citada, dispuso:

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

(...)

3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la

²¹ Ley 489 de 1998.

²² Artículo 161 de la ley 100 de 1993/ decreto 1072 de 2002 La institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley.

²³ El decreto 1743 de 1966 reglamentario de la ley 6 de 1966:

“ARTÍCULO 2o. Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento e éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).

Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación.”

PARÁGRAFO. Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión.”

²⁴ *“ARTICULO 3o. A partir del 1o. de enero de 1966, los establecimientos públicos, institutos descentralizados y demás entidades de derecho público del orden nacional, con patrimonio propio y cuyos trabajadores sean afiliados forzosos a la Caja Nacional de Previsión Social, están obligados a contribuir con un cinco por ciento (5%) del valor de sus respectivos presupuestos de funcionamiento, con destino a dicha entidad por concepto de cuota patronal. Igualmente, los Notarios y Registradores están obligados a destinar un cinco por ciento (5%) de los ingresos mensuales, debidamente certificados por la Superintendencia de Notariado y Registro, a favor de la Caja Nacional de Previsión Social.*

Los Pagadores respectivos no podrán hacer pagos sin que previamente giren el cinco por ciento (5%) para la Caja Nacional de Previsión Social”

²⁵ Decreto 732 de 1976, reglamentario de la ley 4 de 1976, disponía:

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

1.Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.

2.Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria.

...”

prestación asistencial a que se refiere este Artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional.” (Ver Artículo 1o. Ley 4/76; Artículo 5o ley 43/84; Artículo 37 Decreto 3135/68).

De manera especial, para los afiliados al Fondo Nacional del Magisterio, la ley 91 de 1989, dispuso:

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

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*

...

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4. de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.”

La ley 100 de 1993, dispuso:

“ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica...

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida....”

No obstante lo anterior, mediante la Ley 812 de 2003, el legislador dispuso:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.

(...)

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

*El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos*

recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones. (...)

PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989.”

“ARTÍCULO 137. VIGENCIA²⁶ La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación²⁷ y deroga... todas las disposiciones que le sean contrarias.”

El inciso 4° del artículo 81 de la ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, con fundamento en:

“6- La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - s.in que la norma establezca ninguna excepción — corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.”²⁸ (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior, se infiere claramente que, el régimen de cotización en materia de salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, advirtiendo la Alta Corporación, que dicha normativa se aplica también a los docentes pensionados con anterioridad a la vigencia de dicha disposición.

²⁶ Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003.

²⁷ Hay que distinguir claramente entre dos momentos: el primero que pone fin al proceso de formación de las leyes, cual es el de la sanción gubernamental, y el segundo, la promulgación de la misma. Así entonces, la expedición de la ley hace relación a la formación del contenido, mientras que la promulgación se refiere a la publicación de dicho contenido. Sentencia C-492/97.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 369 de 2004.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, al once (11%) por ciento para 1995 y doce (12%) por ciento para 1996 de lo recibido como mesada pensional²⁹.

En efecto, el artículo 204 de ley 100 de 1993, estipula:

*“Monto y distribución de las cotizaciones, La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo el 12% del salario base de cotización...”*³⁰

2.5 DE LAS MESADAS ADICIONALES:

En cuanto al descuento sobre las mesadas adicionales, la Ley 43 de 1984 por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público, dispuso en su artículo 5:

“A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontarse de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1843 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.”

El Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas personales, dispuso en su 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.

...

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, e Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

²⁹ El artículo 10 de la ley 1122 de 2007, 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%).

³⁰Modificado, 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.

Parágrafo. Deconformidad 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” (Resalta el despacho).

En igual sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil., respecto al descuento para salud sobre las mesadas adicionales, consideró:

“Las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste.”³¹

Igualmente, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, se refirieron a las mesadas pensionales adicionales en el sistema de seguridad social integral, beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, Literal b), de la Ley 91 de 1989, para los pensionados vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Corte Constitucional, sobre el tópicó, determinó:

“En el artículo 1.5, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, ‘adicionalmente a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981.

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre ‘una mesada pensional (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y ‘30 días de pago de la pensión’ (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 10 de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 10 de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales.”³²

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial anteriormente discurrido,

³¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo. Bogotá, 16 de diciembre de 1997. Ref. 1064.

³² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-461 de 1995.

observa el despacho que, si bien es cierto que el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 - contenido del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente -, previó el descuento para salud sobre cada una de las mesadas pensionales, incluyendo las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos para salud se hicieron extensivas a los afiliados del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio del Despacho, el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no sólo en cuanto al porcentaje, sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma, pues ha quedado establecido que la Ley 100 de 1993 no previó descuentos sobre las mesadas adicionales y las normas anteriores y posteriores expresamente consagran su prohibición, evidenciándose que ese ha sido desde otrora el querer del legislador.

Así las cosas, a partir del 27 de junio de 2003, se tiene como derogada la norma especial consagrada en el numeral 50 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, como se manifestó anteriormente, y a partir de esa fecha no resulta procedente efectuar descuentos para salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero sí sobre el salario base.

La legitimación en la causa por activa se encuentra debidamente probada, dado que el accionante es el directo interesado y perjudicado con los actos administrativos que se demanda.

En cuanto la legitimación en la causa por pasiva, tal como lo expresan el mismo acto administrativo, el Departamento de Sucre, actúa como medio para que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, materialice la decisión administrativa relacionada con las prestaciones a su cargo. Para llegar a esta conclusión es importante analizar:

El Decreto 111 de 1996, consagra en su artículo 30 los fondos especiales en el orden nacional, definiéndolos como “... los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador”.

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3³³, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad de fondo especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyo fin es

³³ “Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la

el regulado por el artículo 4 de la misma ley, el que consiste en la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella, cuenta que se encuentra adscrita a la Nación y es representada por el Ministerio de Educación, conforme a lo dicho por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, del Consejero ponente doctor César Hoyos Salazar, en Concepto del 23 de mayo de 2002, con radicación número 1423 y actor el Ministro de Educación Nacional, en la que se refirió a la representación judicial y extrajudicial del fondo. Como objetivos del mismo, el artículo 5 de la misma normativa, consagra en su numeral 1 el de *“Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.”*

Igualmente, la norma que crea el mencionado fondo (artículo 3 transcrito a pie de página 2) en su inciso final consagra que este órgano deberá estar dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios, en cada entidad territorial, sin afectar el principio de unidad.

En complemento y desarrollo de la anterior disposición, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994³⁴, reitera que las prestaciones sociales a cargo del fondo, serán reconocidas por este, a través del representante del Ministerio en la entidad territorial, norma que es reiterada y reglamentada en su operatividad práctica por el Decreto 1775 de 1990, modificado a su vez por el Decreto 2234 de 1998.

Por otra parte, el legislador a través de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, *“Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”*, estableció en su artículo 56³⁵, que el representante del fondo para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales a su cargo es el Secretario de Educación Territorial certificada, y que este firmaría el acto administrativo que decide las solicitudes elevadas sobre el mencionado tema, previa aprobación del proyecto de acto por el administrador del fondo.

Así pues, del anterior marco normativo se puede inferir que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien tiene a su cargo las prestaciones sociales de los

sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

³⁴ **Artículo 180°.-** *Reconocimiento de prestaciones sociales. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente.*

El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales.”

³⁵ **Artículo 56.** *Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”*

docentes nacionalizados y por tanto es a este organismo a quien le correspondería responder por las posibles irregularidades existentes en su liquidación. Igualmente, es claro que el Secretario de Educación territorial, solo actúa como medio regional de atención a los afiliados al fondo, pero no es la voluntad del ente territorial la que se refleja en el acto, sino la voluntad misma del fondo. Quedará por definir, quién representa legalmente al mencionado fondo, para efectos procesales, dado que como lo indica la norma de creación del mismo, no posee personería jurídica, a fin de determinar claramente que es a este órgano y no al Departamento de Sucre.

Para resolver la anterior inquietud, el despacho trae a colación la interpretación Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del que me permito transcribir el aparte de la respuesta:

“2. LA SALA RESPONDE:

En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional.

A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.”³⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro para el despacho, que no obstante que uno de los actos administrativos fue expedido formalmente por parte del DEPARTAMENTO de Sucre a través de su Secretario de Educación, ellos no manifiestan su voluntad, como elemento de existencia del acto, sino que manifiestan la voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así las cosas, en caso de demandarse la nulidad de los actos administrativos que definen las prestaciones a cargo de dicho fondo, debe dirigirse la demanda no contra la entidad territorial que expidió el acto, sino contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Por lo anterior, es la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien tiene legitimación en la causa material por pasiva.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Concepto del 23 de mayo de 2002. Radicación número: 1423. Actor: MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Referencia: fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. representación judicial y extrajudicial del fondo.

2.6. Análisis de la concurrencia en el caso concreto:

De conformidad con los hechos aceptados y las pruebas obrantes en el expediente se encuentra probado que a la parte demandante le fue reconocida la pensión de jubilación en vigencia de la Ley 100 de 1993³⁷.

Por tanto, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, atrás transcrito, y el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, resulta viable que el demandado Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la resolución que reconoció la pensión de jubilación de la parte actora, ordenara el descuento del porcentaje legal sobre la mesada pensional, pero no sobre las mesadas adicionales, desde la vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003, fecha de su promulgación), tal como quedó anteriormente discurrido.

Así las cosas, se ordenará la devolución de aquellos porcentajes que fueron descontados sobre las mesadas adicionales, razones por las cuales, prosperarán parcialmente las pretensiones de la demanda.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, el despacho declarará la nulidad de los actos demandados, igualmente ordenará al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio realizar la devolución de los aportes de salud descontados a la parte actora sobre las mesadas adicionales, desde el día 13 de abril de 2009, habida cuenta que la parte accionante radicó la petición el 13 de abril de 2012 (Fols. 15-17), y es claro para el despacho que en el presente caso operó la prescripción trienal.³⁸

Así mismo, se dispondrá el pago de lo pretendido por el demandante respecto del índice de precios al consumidor, tal como lo autoriza el art. 187 del C.P.A.C.A. mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es la correspondiente al descuento mensual de aportes a salud de las mesadas adicionales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que se realizó el descuento de cada mesada adicional). Por tratarse

³⁷ Folios 13 -14

³⁸ Art. 151 del CPL

de pagos de reajustes de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada descuento realizado sobre las mesadas adicionales, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de cada descuento.

4. CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en 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 General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del dos (2%) por ciento de las pretensiones otorgadas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA** propuesta por el apoderado del Departamento de Sucre, por los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarase NO probadas las excepciones de **SUBSIDIARIA DE LEGALIDAD DEL MONTO DEL DESCUENTO PARA SALUD Y EXCEPCIÓN SUBSIDIARIA DE BUENA FE;** propuestas por el Departamento de Sucre, por lo previamente expuesto.

TERCERO: Declárese probada de oficio, la **excepción de prescripción**, con relación a aquellos descuentos realizados sobre las mesadas adicionales con anterioridad al **13 de abril de 2009**.

CUARTO: Declárase la nulidad del oficio No. 2011ER117732 Sin fecha proferido por la Fiduprevisora S.A., y del oficio No. 700.11.03.SE.OPSM-0246 de fecha 17/02/04 proferida por el líder del programa administrativo y financiero de la Secretaria de Educación Departamental de Sucre; en cuanto niega la devolución del descuento para efectos de la prestación del servicio médico asistencial sobre las mesadas pensionales adicionales, por las razones expuestas.

QUINTO: En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, ordenase a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, devolver los dineros que por concepto de prestación del servicio médico asistencial han sido descontados a la actora de las mesadas pensionales adicionales causadas desde el 13 de abril del 2009, fecha en la cual interrumpió la prescripción, y hasta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, de conformidad con lo expuesto. Para lo cual deberán indexarse los valores conforme a la fórmula establecida en la parte motiva de este fallo.

SEXTO: Ordénese a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no continuar realizando los descuentos por concepto de prestación del servicio médico asistencial sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre que se causen a partir del día siguiente a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

SÉPTIMO: Condenar en costas a la parte demandada, las cuáles serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del dos (2%) por ciento de las pretensiones otorgadas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

OCTAVO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

NOVENO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA
JUEZ