



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91 – Sede de Despachos Judiciales - CAN
Juez, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá, D.C., 13 de junio de 2018, hora: 3:00 p.m.

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL CON FALLO
(Artículo 183 Ley 1437 de 2011)

Expediente: 11001-33-35-016-2017-00237-00
Demandante: MARÍA GLORIA HAYDEE PINZÓN DE PARRA
Demandado: NACIÓN -- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL --
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO -- FONPREMAG - FIDUCIARIA LA PREVISORA
S.A.

Tema: Descuentos en salud mesadas pensionales adicionales de docentes oficiales
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral

1.- ASISTENTES Numerales 2 y 4, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

1.1. Parte demandante: Apoderado abogado ANDRÉS SÁNCHEZ LANCHEROS, identificado con C.C 80.154.207 y T.P N° 216.719 del C. S. de la J., como apoderado de la parte demandante, a quien se le reconoció personería adjetiva para actuar en el presente proceso conforme obra en el expediente, folio 26 vto. del expediente.

1.2. Parte demandada -- Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -- Fonpremag y -- Fiduciaria la Previsora S.A.: No se presentó

Esta decisión queda notificada en estrados.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO Numeral 5, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

El Despacho indagó a los apoderados de las partes si hasta este momento procesal advierten algún vicio del proceso que deba ser saneado.

El apoderado de la parte demandante indica que no hay ningún vicio que genere nulidades procesales.

El apoderado de la Nación -- Ministerio de Educación Nacional -- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -- Fonpremag y la Fiduciaria La Previsora S.A. tampoco observa vicios que impidan la continuación del proceso.

Una vez revisadas las actuaciones hasta este momento surtidas en el proceso el Despacho tampoco encuentra causales de nulidad que impidan su continuación.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

3. EXCEPCIONES PREVIAS Numeral 6, Artículo 180 Ley 1437 de 2011

A pesar de que las entidades demandadas fueron notificadas en debida forma de acuerdo con los artículos 197 y 199 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 29,33), no contestó la demanda (fl. 38), por lo tanto en la sentencia se resolverán las excepciones que de oficio encuentre probadas el Juzgado (artículo 187, Ley 1437 de 2011).

Esta decisión queda notificada en estrados, sin recursos.

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO - Artículo 180-7 Ley 1437 de 2011

Una vez resueltos los puntos anteriores, el Despacho de manera previa enuncia los hechos en que están de acuerdo las partes y posteriormente procede a fijar el objeto del litigio, así:

Hechos en que están de acuerdo las partes:

Las partes están de acuerdo en la existencia de los siguientes hechos que están demostrados con documentos aportados por la parte demandante, expedidos por las entidades demandadas y que no fueron tachados de falsos:

- a) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a la actora pensión por jubilación a través de la Resolución N° 2459 del 23 de junio de 2006, efectiva a partir del 22 de enero de 2006, (Fotocopia informal visible a folios 2-3 del expediente).
- b) La parte demandante radicó petición el 2 de marzo de 2017 ante la Fiduciaria la Fiduprevisora S.A., a través del cual solicitó el reintegro indexado de los descuentos realizados para salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre desde que adquirió el status de pensionada, (fotocopia informal con recibido original de la entidad reposa a folio 4 del expediente), sin embargo, dentro del expediente no obra respuesta por parte de la entidad demandada.
- c) De los extractos de pagos de la pensión efectuados por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A. se desprende que en efecto, a la demandante la entidad le ha realizado los descuentos correspondientes a salud en la mesada adicional de diciembre, desde el 30 de noviembre de 2006 en adelante (Copia obra a folios 8-11 del expediente).
- d) A folio 12-14 reposa fotocopia informal de la Resolución N° 2258 del 17 de diciembre de 2015 por la cual se aceptan unas renunciaciones en la planta de personal docente en la Secretaría de Educación Distrital, entre ellas la demandante a partir del 31 de diciembre de 2015.
- e) Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas con la demanda.

La Juez le concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que manifiesten si están de acuerdo con los hechos y las pruebas que se relacionaron.

El apoderado de la parte demandante manifestó que está de acuerdo con las pruebas y hechos expuestos por el Juzgado.

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Fiduciaria La Fiduprevisora S.A manifestó que está de acuerdo con las pruebas y hechos expuestos por el Juzgado.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

Fijación del litigio

Acordado lo anterior, el litigio se concreta en determinar si la señora MARÍA GLORIA HAYDEE PINZÓN DE PARRA tiene derecho a que la entidad demandada le reintegre los descuentos para salud realizados en la mesada pensional adicional de diciembre y que en adelante se abstenga de efectuar dichos descuentos.

La Juez. Le concede el uso de la palabra a los apoderados de la partes para que manifiesten si están de acuerdo con la fijación del litigio expuesta por el Juzgado.

El apoderado de la parte demandante manifestó que está de acuerdo con la fijación del litigio.

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Fiduciaria La Fiduprevisora manifestó que está de acuerdo con la fijación del litigio.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

5. CONCILIACIÓN – Artículo 180-8 Ley 1437 de 2011

La Juez le pregunta al apoderado de la entidad demandada si tiene fórmulas de arreglo o conciliación respecto del presente litigio.

El apoderado de entidad demandada, manifestó que la entidad no tiene ánimo conciliatorio en el presente asunto.

La Juez. Así las cosas y en vista de que no existe animo conciliatorio, se declara fallido el intento conciliatorio y se continúa con el curso de la audiencia en la etapa siguiente.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

6. DECRETO DE PRUEBAS - Artículo 181 de la Ley 1437 de 2011

1. Pruebas solicitadas por la parte demandante (fl. 21): Con el valor probatorio que corresponde otorgarles se tienen como pruebas las aportadas por la parte demandante con la demanda y que se encuentran incorporadas a folios 2-15 del expediente. Además, no solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.

2. Pruebas solicitadas por la Fiduciaria La Previsora S.A: No contestó la demanda.

3. Pruebas solicitadas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: No contestó la demanda.

4. Pruebas de Oficio: El despacho no considera necesario decretar más pruebas, puesto que con las que obran en el expediente son suficientes para proferir sentencia de fondo y además el asunto es de puro derecho.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN – Inciso final. Artículo 179 Ley 1437 de 2011

Como el asunto es de puro derecho y adicionalmente no es necesario practicar más pruebas de las que obran en el expediente, el Juez procedió a escuchar los alegatos de conclusión por parte del apoderado de la parte demandante.

Alegatos de la parte demandante: Ratifica los argumentos y pretensiones expuestas en la demanda. Alegatos de conclusión quedaron grabados en CD.

Alegatos de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Ratifica los argumentos y pretensiones expuestas en la demanda. Alegatos de conclusión quedaron grabados en CD.

Alegatos de conclusión de la Fiduciaria La Previsora S.A.: Ratifica los argumentos y pretensiones expuestas en la demanda. Alegatos de conclusión quedaron grabados en CD.

8. SENTENCIA – Inciso final. Artículo 179 Ley 1437 de 2011

Escuchados los alegatos de conclusión presentados por la parte demandante, teniendo en cuenta las pruebas, los argumentos de la demanda y el precedente jurisprudencial, el Despacho dicta a siguiente,

“SENTENCIA N° 079 de 2018”

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

1- PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA GLORIA HAYDEE PINZÓN DE PARRA, Docente Oficial del Ministerio de Educación Nacional pensionada por jubilación, solicita a esta Jurisdicción que declare la nulidad del acto ficto presunto producto de la no contestación al derecho de petición del 2 de marzo de 2017 radicado No. 20170320509932 a través del cual solicitó el reintegro de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de diciembre.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se condene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FONPREMAG, a que le reintegre en forma indexada los descuentos del 12% realizados para salud sobre la mesada adicional de junio y diciembre desde la inclusión en nómina y ordenar a la demandada no continuar efectuando tales descuentos; que la entidad dé cumplimiento al fallo en los términos del artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011 y finalmente que la entidad sea condenada en costas, conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A. (fl. 16).

HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la demanda los hechos que ya quedaron relacionados en el capítulo de la fijación del litigio y que fueron aceptados por las partes.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

La parte demandante como violadas las siguientes normas constitucionales artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58 y de rango legal Código civil artículo 10, Ley 4 de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966, Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969, Ley 91 de 1989, artículo 81 Ley 812 de 2003, Ley 1285 de 2009 y Ley 1437 de 2011.

Sostiene que la FIDUCIARIA la PREVISORA S.A. obrando en calidad de administradora de los recursos del FONPREMAG efectuó los descuentos correspondientes a salud sobre todas las mesadas devengadas por la demandante y que abuso de su competencia al efectuar descuentos del 12% desde que se le reconoció la pensión a la accionante en salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Conforme a la Ley y la Jurisprudencia, la FIDUCIARIA LA PREVISORA no tiene facultades para realizar descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, pues no existe norma que lo regule, violando así la Constitución y la Ley.

Para fundamentar su posición cita jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado. (Fls. 17-26)

- Las entidades demandadas no contestaron la demanda

Problema jurídico

Acordado lo anterior, el litigio se concreta en determinar si la señora MARÍA GLORIA HAYDEE PINZON DE PARRA tiene derecho a que la entidad demandada le reintegre los descuentos para salud realizados en la mesada pensional adicional de junio y diciembre y que en adelante se abstenga de efectuar dichos descuentos.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

2- NORMAS APLICABLES Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

1.- De las mesadas pensionales adicionales

Del recuento de las normas que reglamentan el tema observamos que la Ley 4^a de 1976¹ estableció², en forma general para todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial y privado, una mesada adicional pagadera cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, prerrogativa que hoy se halla en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993.

Entre tanto el literal b³, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁴ establecía desde entonces, para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

¹ Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.

² Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor de sus pensiones a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Este sueldo será pagado por quien tenga a cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más año.

³ "B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 10. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá solo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de merced o equivalente a una mesada pensional."

⁴ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Magisterio, una mesada adicional a medio año. Posteriormente, el *Sistema de Seguridad Social Integral* -Ley 100 de 1993⁵- en los artículos 50⁶ y 142⁷, indicó que los pensionados tendrían mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

2.- Cotizaciones para salud

A partir de la Ley 4^a de 1966⁸ los pensionados afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, cotizaban mensualmente el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional con destino dicha caja,⁹ a fin de que ellos y sus familiares pudieran disfrutar de todos los servicios médicos.¹⁰

Por su parte el Decreto 3135 de 1968¹¹, en relación con la asistencia médica, para pensionados, estipuló una cotización mensual de un cinco por ciento (5%) de la pensión¹². El mismo porcentaje de cotización para acceder al derecho a la atención se determinó¹³ en el Decreto 1848 de 1969¹⁴ y luego en el numeral 5^o, artículo 8¹⁵ de la Ley 91 de 1989, incluidas las mesadas adicionales.

El artículo 81¹⁶ de la Ley 812 de 2003 dispuso que 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 que establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.¹⁷

⁵ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

⁶ ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

⁷ ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos los órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados en 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.

La Corte Constitucional en sentencia C-161 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró exequible el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48, y 53 de la Carta Política y se asegure a los maestros vinculados antes del 2^o de enero de 1987 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, también se pronunció en relación con la prima de mitad de año que le conceden a los pensionados del Magisterio, prevista en el numeral b, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y concluyó que es la misma mesada adicional prevista ahora en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

⁸ Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones.

⁹ Parágrafo único del artículo 2 de la Ley 4^a de 1966.

¹⁰ Artículo 7^o, *ibid.* Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas, tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios. (El presente artículo sobre cobertura familiar, fue subrogado por el artículo 163 Ley 100 de 1993 en cuanto al régimen que contempla. Radicación 659 de 1994. Sala de Consulta y Servicio Civil).

¹¹ Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

¹² Artículo 37^o.- Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

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

¹³ Artículo 90^o.- Prestación asistencial:

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

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

¹⁴ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

¹⁵ "El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos: (...) 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados".

¹⁶ 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.

¹⁷ La Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004, sobre la cotización para salud de los pensionados afiliados a Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sostuvo que en las disposiciones anteriores los pensionados cancelaban una cotización menor y actualmente "(...) conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

A su vez, el artículo 204¹⁸ de la Ley 100 de 1993 sobre la cotización para salud en general, establece que el monto y la distribución de las cotizaciones al régimen contributivo de salud a partir del primero (1º) de enero del año 2007, es del 12,5% del ingreso o salario base de cotización. Ahora, los pensionados deben cotizar para salud el 12% de la respectiva mesada y corre por su cuenta la totalidad del mencionado aporte.

3.- Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales

Los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud tienen el carácter de *contribuciones parafiscales*, y en tratándose de un gravamen que incide sobre la mesada pensional afecta su monto real, por tanto deben estar soportados en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, entre otros principios, que debe permear todo tributo. En esos términos lo reiteró la Corte Constitucional, en sentencia C-430 de 2009.¹⁹

Desde el artículo 5²⁰ de la Ley 43 de 1984²¹ 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.

En la interpretación hecha por el Consejo de Estado, en concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997,²² la Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del 12% con destino a salud, porque respecto de la *mesada de diciembre* existe norma expresa que así lo prohíbe y en relación con la *del mes de junio* no hay norma que autorice deducción como aporte para salud.

deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista con las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada..."

¹⁸ ARTÍCULO. 204.-Monto y distribución de las cotizaciones (Modificado por el art. 101 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 ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 3,5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Posyga 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 adicionado por el art. 1. Ley 1250 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. (El texto subrayado fue declarado INEQUILIBRE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009) (Negritillas fuera de texto original)

¹⁹ "en reiterada jurisprudencia [se atribuye] a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidas por el legislador o el órgano 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 sujetos a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo."

²⁰ ARTÍCULO 50. 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 30. 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

²¹ Por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público y se dictan otras disposiciones.

²² Consejero Fuente Augusto Trejos Jaramillo. En esta oportunidad el Gobierno Nacional- Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en la consulta que dio lugar al referido concepto preguntó al Consejo de Estado, si "el reajuste para salaria que se refiere el artículo 143 de la ley 100 de 1993, aplicable a los mesadas mensuales, se debe aplicar también a las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre?" y el Órgano Consultivo en el concepto ya mencionado, respondió "...) es una la sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del once por ciento (12,5) el descuento al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por ende, 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 permite 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 (...)"

El Decreto 1073 de 2002²³, regula los descuentos a las mesadas pensionales, en el artículo 1º estableció²⁴ que las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y lo reglamentado por ese decreto.

Ahora, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, extendió la aplicación de la Ley 100 de 1993 a los docentes, incrementando la cotización para salud al 12%, totalmente a su cargo, pero en ninguna de sus disposiciones se refiere a los aportes para salud sobre las mesadas pensionales adicionales²⁵.

Congruente con lo anterior el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que *“sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho”*. De lo anterior, se infiere con claridad que todo descuento no autorizado por el titular debe estar ordenado en la ley²⁶.

En conclusión, infiere el Despacho que a partir del 27 de junio de 2003 no resulta procedente efectuar tales descuentos, pues orientados por el principio de legalidad que debe caracterizar todo descuento para salud sobre las mesadas pensionales adicionales, como contribuciones parafiscales, echa de menos la norma legal vigente que imponga en forma clara y expresa tal gravamen, además no es posible inferirlo por vía de mera interpretación, pues como reza el generalizado axioma *“donde la ley no distingue no le es dado al intérprete distinguir”* y de hacerlo erosionaría derechos subjetivos de los pensionados, protegidos por diferentes normas de la Constitución Política.

4. De la responsabilidad de La Fiduprevisora S.A.

Teniendo en cuenta que algunas providencias judiciales afirman que en estas controversias judiciales la FIDUPREVISORA S.A., solo actúa como administrador de los recursos del FOMAG y que por ello este Fondo es el llamado a responder, el Consejo de Estado²⁷ claramente ha sostenido lo contrario.

²³ Por medio del cual se reclamaron las Leyes 71 y 79 de 1988.

²⁴ “ARTÍCULO 10. DESCUENTOS EN MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 81 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 estén obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

PARÁGRAFO. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesada adicional.” Lo que está subrayado entre el paréntesis fue declarado nulo por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 3 de febrero de 2005.

²⁵ El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, M.P. César Palomino Cortés, proceso 2007-00473, demandante José Daniel Duque Herrera, en la sentencia del 2 de septiembre de 2010, señaló que: “... en criterio de la Sala el numeral 5º del artículo 8º 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.” En idéntico sentido el mismo Tribunal Sección Segunda, Subsección “B” en sentencia del 3 de mayo de 2012 expediente 2007-407 con ponencia del M.P. Carmelo Perdomo Cuéter, confirmando una sentencia de este Juzgado. También lo hizo la misma Sala en sentencia del 22 de agosto de 2013, expediente 2010-00534 confirmando otra providencia de este Juzgado y reafirmando que la condena le debe cumplir la Fiduciaria La Previsora S.A.

²⁶ En igual sentido se pronunció, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C” en un reciente pronunciamiento del 24 de junio de 2016, M.P. Samuel José Ramírez Poveda, proceso 2014-0532, demandante José Pablo Manuel Arias reiteró que “... no puede efectuarse descuentos del 12% a las mesadas adicionales de junio y diciembre conforme al artículo 7º de la Ley 42 de 1982, artículo 5º de la Ley 43 de 1984 y según los lineamientos conceptuados por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado”; postura que a su vez ha sido reiterada por la Sección Segunda Subsección “D” en sentencias del 28 de abril de 2016, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, proceso 2014-0565, demandante Aminta Elena Hidalgo Aguilera y del 18 de febrero de 2016, M.P. Cerveleón Padilla Linares, proceso 2014-0303, demandante María Delia Ramírez Jiménez de la misma Corporación.

²⁷ Concepto del 23 de mayo de 2002, del Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. César Hoyos Salazar, Radicación Número: 1423. “En lo 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 encuentra 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 123.1 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.”

En el presente caso no nos hallamos frente un acto de reconocimiento de la prestación, sino en presencia de unos descuentos ilegales hechos por la Fiduciaria sobre la pensión ya reconocida a la demandante, al margen de la intervención del FOMAG.

De acuerdo con lo anterior, la *Fiduciaria La Previsora S.A.* debe responder por los descuentos para salud que efectúa a los pensionados del FOMAG, y debe comparecer al proceso judicial, porque no actúa como un *simple administrador* de los recursos de ese Fondo, como erradamente se afirma, sino que actúa en el marco de un *contrato de fideicomiso o fiducia*, que no se debe confundir con el contrato de *mandato simple*, respecto de los cuales la ley establece un régimen jurídico distinto, que las partes, terceros o autoridades judiciales no pueden, ni deben alterar.

Si bien los recursos que administra La Previsora S.A. pertenecen al FOMAG, en virtud del contrato de Fiducia que existe con el Ministerio de Educación Nacional, La Previsora S.A., en calidad de fiduciario lleva la personería de ese patrimonio en actuaciones administrativas o judiciales y es su obligación defender y proteger los bienes que conforman el Fideicomiso, contra terceros y ejercer las acciones que correspondan, conforme lo regula el numeral 4º, artículo 1234 del Código de Comercio, además, en esos términos se determinó en el artículo 2.5.5.1 del Decreto 2555 de 2010²⁸.

De acuerdo con lo anterior, al pertenecer LA PREVISORA S.A., al sector descentralizado por servicios de la administración pública nacional²⁹, no puede desconocerse que está facultada para dictar actos administrativos, lo que adquiere mayor razón por la condición de empleados públicos del personal docente afiliado al que La Previsora S.A. le efectúa los descuentos demandados y porque la responsabilidad de descontar tales aportes para el sistema de seguridad social en salud es un deber legal³⁰, en torno a una función pública.

5. De la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en este caso

Por su parte, el Ministerio de Educación conforme a lo que determina la Ley 91 de 1989 es la encargada de efectuar el pago de las prestaciones a los docentes y por ello

²⁸ "Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en sujetos de los derechos y obligaciones legales y contractualmente derivadas de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia. El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiéndose al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo. En desarrollo de la obligación legal inderogable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que se pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales."

²⁹ Corte Constitucional C-783 de 1997, sentencia del 13 de octubre de 1997 M.P. Álvaro Tafur Galvis, sobre la naturaleza jurídica de la Fiduciaria La Previsora S.A. señaló que: "(...) Aplicados los anteriores criterios de la función administrativa, el manejo de recursos públicos a través del Fondo en referencia, se puede concluir que las actividades que para el pago de la marcha y funcionamiento de ese Fondo se adelantan, así como aquella que lleva a cabo la administración que el mismo debe ejercer, presentan una naturaleza claramente administrativa.

(...) En este punto, adquiere especial relevancia hacer mención de la naturaleza jurídica de la sociedad fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional. Su constitución fue autorizada por el artículo 30 del Decreto 1547 de 1984 y, de conformidad con lo establecido por el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 489 de 1998, se encuentra sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por tanto la participación del Estado en su capital social, es superior al 90%. Tiene personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, la cual se ejerce de conformidad con los actos que la rigen y, para el cumplimiento de sus funciones, se ceñirá al Decreto 1547 de 1984, así como a sus estatutos internos.

(...) Como puede observarse, configura la referida sociedad, una entidad descentralizada por servicios que en desarrollo de su objeto social gestiona un interés propio del Estado, a través de la realización de una actividad económica en la esfera. Precisamente, por ser esta entidad una manifestación de la actuación descentralizada del Estado, tiene por objeto social la ejecución de la asignación legal de una función administrativa para cumplir:

(...) Así mismo, la pertenencia de la fiduciaria a la administración pública en el ámbito del sector descentralizado por servicios, ha sido factor determinante para que en desarrollo de su objeto social, le hayan sido asignadas por disposición legal funciones específicas para el cumplimiento de competencias estatales...

³⁰ Artículo 161 de la ley 100 de 1993/ Decreto 1572 de 2002 La institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley.

está facultada para resolver las solicitudes que presenten los docentes en relación con el reintegro de los descuentos en salud realizados en las mesadas pensionales adicionales debido a la responsabilidad que le asiste en el pago.

4- El caso concreto

Una vez expuestos los argumentos legales y jurisprudenciales el despacho entra a resolver el caso concreto.

En el presente caso, en los desprendibles de pago allegados al plenario, correspondiente a las mesadas pensionales de la accionante (fls. 8-11), se verifica que la Educadora La Puntisera S.A. le viene haciendo descuentos a la actora sobre la mesada adicional solo en el mes de diciembre con destino a salud, bajo la denominación "SERVICIO MÉDICO"

En el expediente solo obra prueba de que le vienen haciendo esos descuentos desde el 30 de junio de 2006 hasta el 30 de noviembre de 2016 comprendiendo las mesadas adicionales de diciembre (fls. 8-11). No obra dentro del expediente prueba de la cual se pueda evidenciar que se hayan realizado descuentos en salud desde la fecha del reconocimiento pensional.

En consecuencia, la devolución de tales descuentos debe efectuarse desde el 30 de noviembre de 2006, fecha en la cual se demostró que se hicieron los descuentos en las mesadas adicionales de diciembre (fls. 8-11).

Sin embargo, en el presente caso opero la prescripción extintiva trienal de los descuentos efectuados para salud anteriores al 2 de marzo de 2014, teniendo en cuenta que entre la presentación de la petición de devolución de los descuentos (el 2 de marzo de 2017, fl. 4) y el primer descuento que acreditó la parte demandante (30 de noviembre de 2006, fl. 8), transcurrieron más de tres (3) años. Por lo expuesto, el reintegro de los descuentos en salud se ordenará solo a partir del 2 de marzo de 2014.

De acuerdo con las normas y las jurisprudencias atrás citadas, se puede establecer que los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre no están soportadas en una norma legal que los autoricen en forma precisa y expresa, tornándose ilegales y en consecuencia es procedente anular el acto acusado y ordenar su reintegro indexado.

La suma que deberá pagar la entidad condenada como devolución de aportes a la parte activa deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = R H \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse para cada descuento semestral, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, las pruebas aportadas al proceso y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la

forma indicada, pues la parte demandante logró probar la violación de las normas constitucionales y legales invocadas, desvirtuando la presunción de legalidad del acto acusado.

Costas y agencias en derecho

Ahora bien, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la parte demandada quien estuvo debidamente representado.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por La Juez al momento de fijarlas, en el artículo 5º del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasaré entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

Y así lo reitero nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la parte demandada, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$36.588 que deben ser liquidadas por Secretaría.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Cralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto presunto producto de la no contestación al derecho de petición de fecha 2 de marzo de 2017, radicado No. 20170320509932 a través del cual la parte demandante solicitó los descuentos para salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre por concepto de salud, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por conducto de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos del mencionado Fondo y con cargo a tales recursos, a título de restablecimiento del derecho se ABSTENGA de realizar descuentos para salud sobre las mesadas pensionales adicionales de diciembre y a que restituya a favor de la señora MARÍA GLORIA HAYDEE PINZÓN DE PARRA, identificada con cédula de ciudadanía N°41.508.315, el valor de los descuentos realizados por concepto de salud sobre tales mesadas pensionales, con efectos fiscales desde el 2 de marzo de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por conducto de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. a restituir a la parte demandante los valores correspondientes a los descuentos en salud de las mesadas adicionales, de que tratan los numerales anteriores, en forma actualizada, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula indicada en la parte motiva de este fallo.

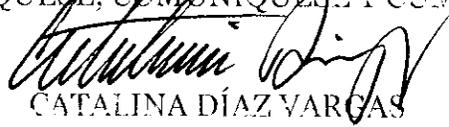
CUARTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la entidad demandada correspondientes en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de treinta y seis mil quinientos ochenta y ocho pesos (\$36.588), por Secretaría líquidese.

QUINTO: La entidad condenada dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

SEXTO: En firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la sentencia con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2º del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase a la interesada el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA DÍAZ VARGAS
JUEZ

Esta sentencia quedó notificada en estrado, incluidas las partes que no se hicieron presentes, de conformidad con el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA

La Juez indaga a las apoderadas de las partes si van a apelar la sentencia.

El apoderado de la parte demandante. Manifiesta que no interpone recurso, además manifiesta que desisten de la condena en costas, en ese sentido el numeral 4º de la parte resolutive quedará así:

CUARTO: NO CONDENAR en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

La Juez. Con fundamento en la anterior solicitud el expediente deberá permanecer en la Secretaría por el término de 10 días siguientes a la presente audiencia, para los efectos de lo dispuesto por el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011.

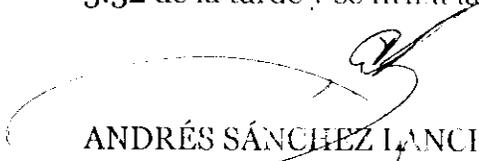
Esta decisión quedo notificada en estrado.

CONTROL DE LEGALIDAD – ARTÍCULO 207, LEY 1437 DE 2011.

Las apoderados de las partes manifiestan que no existen vicios que invaliden las actuaciones adelantadas en el proceso.

El Despacho deja constancia que cada acto procesal surtido en esta audiencia cumplió las formalidades esenciales. (Artículo 183-1-f de la Ley 1437 de 2011).

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se da por terminada, siendo las 3:32 de la tarde y se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron:


ANDRÉS SÁNCHEZ LANCHEROS
C.C N° 80.154.207
T.P N° 216,719 del C. S. de la J.
Apoderado de la parte demandante


MARÍA ALEJANDRA MARRIAGA CALDERÓN
Sustanciador Nominado del Juzgado 16 Administrativo de Oralidad de Bogotá


CATALINA DÍAZ VARGAS
Juez