



Libertad y Orden

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

Sección Segunda

Carrera 7 N°12B-27 Piso 6 Bogotá D.C.
Juez, **JAIME HENRY RAMIREZ MORENO**

Bogotá, D.C., 1° de Noviembre de 2016

“Sentencia N° 165 de 2016 Sistema Oral”

(Artículo 183 ley 1437 de 2011)

Expediente: 11001-33-35-016-2015-00012-00
Demandante: YOLANDA MUÑOZ MARTÍNEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO.

Tema: Descuentos en salud mesadas pensionales adicionales de docentes oficiales.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.

ASUNTO

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1- PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

YOLANDA MUÑOZ MARTÍNEZ solicita a esta Jurisdicción que anule el **Oficio S-2012- 116128 del 29 de agosto de 2014**, a través del cual la Secretaría de Educación de Bogotá, en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Ministerio de Educación Nacional- **FONPREMAG**, le negó la petición de devolución y suspensión de los descuentos para salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre de cada año.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Ministerio de Educación Nacional-FONPREMAG, por conducto de la Fiduciaria la Previsora S.A., (administradora de los recursos) a que le reintegre en forma indexada todos los descuentos del 12% realizados para salud sobre las *mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre década año*, desde el 02 de mayo de 2003, cuando adquirió el status jurídico de pensionada; que pague interese de mora y se le condene en costas a la entidad.

2. - HECHOS DE LA DEMANDA:

Se plantearon en la demanda, en síntesis, los mismos hechos que quedaron relacionados en el capítulo de la fijación del litigio y que fueron aceptados por las partes durante la audiencia inicial del 09 de agosto de 2016.- (Folios 84 – 89)

3. - NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Sostiene la parte demandante que las cotizaciones para salud de los pensionados del FONPREMAG fueron incrementadas al 12%, por remisión hecha a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y dentro de estas no abarcan descuentos sobre las mesada pensionales adicionales. Estos descuentos estaban en el numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, que era del 5 % (incluidas tales mesadas) , pero dicha norma quedó drogada por las leyes 100 y 797, como lo explicó la Corte Constitucional en la Sentencia C- 369 de 2004. Que el parágrafo del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002 dispone que los descuentos de que tratan los artículos 50 y 142 de la ley 100 de 1993 no pueden efectuarse sobre las mesadas pensionales adicionales. Y, como se han hecho, las normas enunciadas fueron vulneradas.

Oposición a la demanda por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONPREMAG

La entidad contestó de forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios de 65-72 del expediente. Se opone a las pretensiones de la demanda porque considera que el acto demandado fue expedido en cumplimiento de los requisitos legales y no adolece de vicios de nulidad. Que los descuentos reclamados se ha hecho

conforme al numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, es decir, el 5%, incluidas las mesadas pensionales adicionales

4.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Problema jurídico.

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si los docentes oficiales están legalmente obligados a hacer aportes para el sistema de seguridad social en salud sobre las *mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre* de cada año. Si la respuesta es negativa, si hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados.

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

4.1. Pruebas que obran en el expediente.

- a) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a la señora **YOLANDA MUÑOZ MARTÍNEZ**, en su calidad de docente del Magisterio, pensión de jubilación a través de la **Resolución N° 05216 del 3 de septiembre de 2003**, efectiva a partir del 2 de mayo de 2003. (Fotocopia informal obra a folios 21-22 del expediente).
- b) Se extrae del Oficio de respuesta del No. S-2012-116128 del 31 de agosto de 2012 (fl.3-5), que la accionante presentó una petición radicada bajo el No. E-2012-073666 en el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en la que solicitó la suspensión y devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud correspondientes a las mesadas de junio y diciembre. No se estableció la fecha de radicación de la mencionada petición.
- c) Mediante **Oficio No. S-2012-116128 del 31 de agosto de 2012**, - *acto demandado*- la Secretaría de Educación de Bogotá, en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Ministerio de Educación Nacional- **FONPREMAG**, le negó la petición de devolución y suspensión de los descuentos para salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y

diciembre de cada año. Resolvió de fondo la petición de la accionante, no obstante le expresó que remitiría la petición a la Fiduciaria la Previsora S.A., entidad que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que decidiera la petición. (fls. 3-5).

- d) Según se extrae del acto administrativo de reconocimiento de la pensión de la accionante (Resolución N° 004038 del 1° de noviembre de 2001, fls. 21-22), la señora **YOLANDA MUÑOZ MARTÍNEZ** adquirió el estatus de pensionada el 1° de mayo de 2003.
- e) El apoderado de la demandante aportó al proceso los extractos que le entregó la Fiduciaria La previsora S.A. del pago de las mesadas pensionales de la demandante, en los cuales se verifica que la **FIDUPREVISORA S.A.** le ha realizado los descuentos para salud sobre las mesada pensionales adicionales de junio y diciembre de cada año, bajo la denominación de “*SERVICIO MEDICO*”, desde 2003 hasta 2016. (fl 101 a 109).

4.2 Alegatos de conclusión.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

La parte demandante presentó alegatos a de conclusión oportunamente (fl 94-97). Se ratificó en los argumentos que expuso en la contestación de la demanda.

5- NORMAS APLICABLES Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

1.- De las mesadas pensionales adicionales.

La Ley 4ª de 1976 estableció 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**, que hoy se halla en el artículo 5º de la ley 100 de 1993.

La precitada **Ley 4ª de enero 21 de 1976**, publicada en el Diario Oficial No 34.483, del 5 de febrero de 1976, así la dispuso:

“Art. 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto.”

Entre tanto el artículo 15, numeral 2, literal B) de la ley 91 de 1989 establecía desde entonces para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio una **mesada adicional a medio año**, de la siguiente manera:

“2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

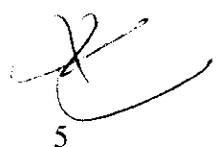
B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 10. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”(Negrillas fuera de texto original)

Posteriormente, al amparo del *Sistema de Seguridad Social Integral*, la ley 100 de 1993 en los artículos 50 y 142, en forma más reciente se ocupó de las mesadas pensionales adicionales **de junio y diciembre**, así:

“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.”

(...)

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.”



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

La Corte Constitucional, al hacer un estudio comparativo sobre la prima de medio año de los pensionados del Magisterio, prevista en el literal B, numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, concluyó que es la misma mesada adicional prevista ahora en el artículo 142 de la ley 100 de 1993. Así lo señaló la Corte:

“En el artículo 15, 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 1° 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 cubre a los docentes vinculados a partir del 1° 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.”¹

2.- Cotizaciones para salud.

El artículo 81 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 establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, así:

¹ Corte Constitucional C-461-95 sentencia del 12 de octubre de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“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.”

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 reiteró que está en su totalidad a cargo de ellos. Así lo expresó:

“(…) como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

El artículo 204 de la ley 100 de 1993 sobre la cotización para salud en general, ha establecido.

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

(Inciso 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 INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009)(Negrillas fuera de texto original)

De todo lo anterior se infiere que 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 de junio y diciembre.

Comienza el Despacho por señalar que los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud tienen el carácter de *contribuciones parafiscales*, y en tratándose de un gravamen que incide sobre la mesada pensional afectando su monto real, deben estar soportados en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, entre otros principios, que debe permear todo tributo. Tal apreciación ha sido reiterada la Corte Constitucional, v.gr. en la Sentencia C-430 de 2009, de la siguiente forma: *“La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, y en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo.”* (C-430 de 2009).

Siguiendo los parámetros reseñados, corresponde al Juzgado establecer si los descuentos con destino a salud realizados sobre las mesadas pensionales adicionales (junio y diciembre) tienen fundamento legal.

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

La **ley 43 de 1984** así lo dispuso:

“ARTICULO 50. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 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."

Congruente con lo anterior el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso "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 ley**.

Bajo el mismo derrotero hallamos la interpretación hecha por el Consejo de Estado, en Concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997, con ponencia del doctor Augusto Trejos Jaramillo, en donde la Sala de Consulta y Servicio Civil fue más amplia al señalar 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.

En esa 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 salud a que se refiere el artículo 143 de la ley 100 de 1993, aplicable a las mesadas mensuales, se debe aplicar igualmente a las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre?" y el Órgano Consultivo en el Concepto ya mencionado, respondió: "(...) estima la Sala que **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 (...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto original).

En el mismo sentido encontramos una norma más reciente, como lo es el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las leyes 71 y 79 de 1988, y que regula aspectos que tienen que ver con los descuentos a las mesadas pensionales, en cuyo artículo 1º estableció:

“ARTÍCULO 10. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. *De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.*

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

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

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

Ahora, el artículo 8 de la ley 91 de 1989 establecía un aporte del 5% de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales, así: “*El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos: (...) 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, **incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***”, (Negrillas fuera de texto original), pero esta disposición quedó subsumida y tácitamente derogada desde el 27 de junio de 2003 por efecto del artículo 81 de la ley 812 de 2003 – fecha de vigencia de esta ley- que extendió la aplicación de la ley 100 de 1993 a los docentes y les incrementó la cotización para salud al 12%, totalmente a su cargo, sin que en ninguna de sus disposiciones se refiriera a aportes para salud sobre las mesadas pensionales adicionales. Así lo dispuso la Ley 812 del 26 de junio de 2003: “*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.

Sobre esta norma (ley 812 de 2003) la Corte Constitucional C-369 de 2004 acotó: “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. En esas circunstancias, como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

De todo lo anterior infiere el Despacho que, orientados por el principio de legalidad que debe caracterizar todo descuento para salud sobre las mesadas pensionales adicionales, como *contribuciones parafiscales* que son, echa de menos norma legal vigente que imponga en forma clara y expresa tal gravamen y 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 derecho subjetivos de la pensionados, protegidos por diferentes normas de la Constitución Política.

En el mismo sentido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección “B”, ha resuelto casos análogos v.gr. en la Sentencia del 2 de septiembre de 2010, con ponencia del Dr. César Palomino Cortés, proceso 2007-00473, demandante José Daniel Duque Herrera, demandado Fiduciaria La Previsora S.A, donde señaló: “De manera que, de la interpretación sistemática de los elementos reseñados, observa la Sala que si bien es cierto, el numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, contentivo del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento para salud, de cada mesada pensional, 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 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. 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 8º de la ley 91 de 1989, 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, por razones que se han consignado en precedencia.”(Subraya el Juzgado)

El mismo Tribunal Sección Segunda Subsección “B” en sentencia del 3 de mayo de 2012 expediente 2007-407 con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, confirmando una sentencia de este Juzgado, fallo:

“(…) observa la Sala que si bien es cierto, el numeral 5 del artículo 8 de la pluricitada Ley 91 de 1989, contenido del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por 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 de la Sala 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.

Así las cosas, a partir del 27 de junio de 2003, se tiene como derogada la norma especial consagrada en el artículo 8 (numeral 5 de la Ley 91 de 1989, y a partir de esa fecha no resulta procedente efectuar descuentos por salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

También lo hizo la misma Sala en sentencia del 22 de agosto de 2013, expediente 2010-00534 confirmando otra providencia de este Juzgado y reafirmó **que la condena la debe cumplir la Fiduciaria la Previsora S.A.**

4- El caso concreto.

4.1. De la responsabilidad de la Fiduprevisora S.A. Contrario a lo expresado por el demandante y en algunas providencias judiciales, que afirman que en estas controversias judiciales la **FIDUPREVISORA S.A. solo** actúa como administrador de los recursos del **FONPREMAG** y que por ello este Fondo es el llamado a responder, el Consejo de Estado² claramente ha sostenido - con toda razón - lo contrario, así: *“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 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.”* (Negrillas fuera de texto original)

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 Ministerio de Educación – **FONPREMAG**.

De acuerdo con lo anterior, la **Fiduciaria La Previsora S.A.** debe responde por los descuentos para salud que efectúa a los pensionados del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG**, 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 Fiduciaria la Previsora S.A. pertenecen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, en

² Concepto del 23 de mayo de 2002, del H. Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. César Hoyos Salazar. Radicación Número: 1423.

virtud del contrato de Fiducia que existe con el Ministerio de Educación Nacional, la Previsora S.A., el 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 artículo 1234, numeral 4 del Código de Comercio.

Congruente con lo anterior el Decreto 2555 de 2010 en el artículo 2.5.5.1 señala que *“Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados 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, comprometiendo 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 indelegable 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 no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.” (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

De acuerdo con lo anterior, al pertenecer la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, al sector descentralizado por servicios de la administración pública nacional, 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 Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio al que la Previsora le efectúa los descuentos demandados y porque la responsabilidad de descontar tales aportes para el sistema de seguridad social en salud es un deber legal³, en torno a una función pública.

³ 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.

Precisamente la Corte Constitucional, sobre la naturaleza jurídica de la Fiduciaria La Previsora S.A, señaló:

“(...) Aplicados los anteriores criterios de la función administrativa, al manejo de recursos públicos a través del Fondo en referencia, se puede concluir que las actividades que para la puesta en marcha y funcionamiento de ese Fondo se adelanten, así como aquella que lleva involucrada 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 1984⁴ y, de conformidad con lo establecido por el parágrafo 10. del artículo 38 de la Ley 489 de 1998⁵, se encuentra sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto 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 de naturaleza financiera. Precisamente, por ser ésta entidad una manifestación de la actuación descentralizada del Estado, **bien puede ser sujeto de la destinación de la asignación legal de una función administrativa para cumplir.***

(...)

*Así mismo, la pertenencia de la Fiduciaria a la administración pública en la órbita 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 cometidos estatales...**”⁶*

4.2. De la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG en este caso. Pese a lo expuesto en el numeral anterior, el Ministerio a través del Fondo, debe asumir la responsabilidad en la presente controversia, en virtud de que el acto demandado fue expedido en su nombre y

⁴ “Por el cual se crea el Fondo Nacional de Calamidades y se dictan normas para su organización y funcionamiento”, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los artículos 12 y 13. numeral 10, de la Ley 11 de 1983.

⁵ “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

⁶ Corte Constitucional C-783 de 1999, sentencia del 13 de octubre de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

representación por la Secretaría de Educación de Bogotá, y además resolvió de fondo la petición a la actora negándole lo pedido, en cuanto le expresó que los descuentos para salud sobre las mesadas pensionales adicionales se hicieron ajustadas al numeral 8 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989. Es decir, el Ministerio de Educación debe asumir las consecuencias de la decisión administrativa negativa que tomó de fondo en el acto demandado.

4.3. De los descuentos para salud sobre las mesadas pensionales del demandante. En los extractos de pago de la mesada pensional de la accionante (fl. 9-15), entregados por la Fiduprevisora S.A. al apoderado de la demandante, aportados por éste al proceso (fl 101- 109) se verifica que la Fiduciaria la Previsora S.A. le viene haciendo descuentos a la actora sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre con destino a salud, bajo la denominación "*SERVICIO MEDICO*", **desde el año 2003** (folio 106), cuando se le reconoció la pensión.

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.

Así, la devolución de tales descuentos debe efectuarse desde el **09 de agosto de 2009**, en consideración a que ha operado la prescripción extintiva trienal de los descuentos efectuados para salud anteriores a esta fecha, teniendo en cuenta que la petición de devolución se entiende que fue radicada en la entidad el **09 de agosto de 2012** y que la entidad la contestó a los 15 días (termino legal máximo), o sea, el 31 de agosto de 2012 (fl 3). Lo anterior por cuanto en la deficiente demanda solo se adujo que la petición fue presentada en 2012, pero no aportó copia de la misma. Además, entre la petición (09 de agosto de 2012) y la presentación de la demanda (el 13 de enero de 2015 -fl 15) no transcurrieron más de tres (3) años.

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:

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

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.

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe del demandante. El H. Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”⁷ y en vigencia de la Ley 1437/2011 ha reiterado⁸, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, **su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.**” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C.G. del P., dan lugar a las costas.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

⁷Sentencia del 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No.25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C- Sria. EDUCACIÓN.

⁸Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

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

FALLA:

PRIMERO: SE DECLARA nulo el **Oficio S- 2012- 116128 del 31 de agosto de 2012**, mediante el cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de Bogotá negó a la demandante la suspensión y reintegro de los descuentos para salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA 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, que se **ABSTENGA** de realizar descuentos para salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre y a que **restituya** a favor de **YOLANDA MUÑOZ MARTINEZ**, identificada con cédula de ciudadanía N° 41.406.311, el valor de los descuentos realizados por concepto de salud sobre tales mesadas pensionales, con efectos fiscales desde el **09 de agosto de 2009**, por prescripción trienal de los descuentos anteriores, 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.

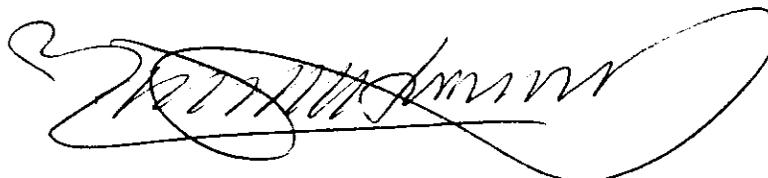
CUARTO: No se condena en costas ni agencias en derecho a la entidad demandada, por las razones expuestas. Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

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 **COMUNIQUESE** 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 autentica de la sentencia con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2 del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria 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.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



JAIME HENRY RAMIREZ MORENO

JUEZ

JHRM

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DELCIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRONICO (Art 201) se notificó a las partes el **4 de noviembre de 2016** a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy **4 de noviembre de 2016** se envió mensaje de texto de la notificación por **ESTADO ELECTRÓNICO** de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al artículo 201, párrafo 3 de la ley 1437 de 2011.

Secretaria

