Rama Judicial
República de Colombia

Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
TEMA:	**DEVOLUCIÓN Y SUSPENSIÓN DESCUENTOS 12% MESADAS ADICIONALES PENSIÓN DE JUBILACIÓN**
DEMANDANTE:	**ELIZABETH ÁLVAREZ CARVAJAL**
DEMANDADO:	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**
RADICADO:	**73001-33-33-011-2019-00339**

Como el proceso se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del presente medio de control presentado por la señora Elizabeth Álvarez Carvajal en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria La Previsora S.A.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda (Fols. 5 a 15[1])

1.1. Pretensiones (Fol. 5 y 6[2])

Declaraciones:

1. Se declare la existencia del acto ficto presunto, configurado por el silencio de la administración, en relación a la solicitud radicada ante la FIDUPREVISORA S.A. el día 29 de agosto del 2018, con radicado No. 20180322501722, toda vez que, han transcurrido más de tres meses, y la entidad demandada no ha dado contestación a la petición.

[1] Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.
[2] Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

2. Se declare la existencia del acto ficto presunto, configurado por el silencio de la administración, en relación a la solicitud radicada ante el Ministerio Educación Nacional el día 03 de septiembre del 2018.

3. Se declare la nulidad, por violación de la ley de los ACTO(S) FICTO(S) PRESUNTO(S), por medio de cual SE NEGÓ al(a) señor(a) ELIZABETH ÁLVAREZ CARVAJAL, el REINTEGRO DE LOS DESCUENTOS DEL 12% o cualquier otro valor REALIZADOS EN SALUD sobre la (s) mesada (s) adicional (es) de diciembre descontados en su pensión de jubilación reconocida mediante Resolución No. 1091 del 18 de septiembre del 2009, descuento efectuado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FIDUPREVISORA), obrando en calidad de administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Condenas:

1. Como consecuencia de la anterior nulidad, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., le REINTEGRE TODOS LOS DESCUENTOS DEL 12% o cualquier otro valor, descuentos REALIZADOS EN SALUD sobre las(s) mesada(s) adicional(es) de diciembre descontados de la pensión de jubilación.

2. Se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., que partir de la ejecutoria de la sentencia, NO DEBE CONTINUAR EFECTUÁNDOSE EL DESCUENTO 12% o cualquier otro valor EN SALUD sobre la(s) mesada(s) adicional(es) de diciembre descontadas de la pensión de jubilación del señor(a) ELIZABETH ÁLVAREZ CARVAJAL.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., para que sobre las diferencias adeudadas a mi mandante y solicitadas con la presente demanda, le pague las sumas necesarias para hacer los AJSUTES DE VALOR, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo preceptuado por el artículo 187 de la ley 1437 de 2011. (Nuevo Código Contencioso Administrativo).

4. Se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 187, 188, 189, 192 de la ley 1437 de 2011. (Nuevo Código Contencioso Administrativo), atendiendo la sentencia C-188 del 29 de marzo de 1999, de la honorable Corte Constitucional.

5. Se condene en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. (Nuevo Código Contencioso Administrativo).

1.2. Hechos (Fols. 6 y 7[3])

La apoderada judicial de la demandante expuso los siguientes hechos:

[3] Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

1. Refirió que a la accionante le fue reconocida pensión de jubilación por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al haber laborado como docente del Estado en el departamento del Tolima, a través de la Resolución No. 1091 del 18 de septiembre de 2009.

2. Manifestó que, de conformidad con lo previsto en la Ley 91 de 1989, las pensiones y demás prestaciones de los docentes son reconocidas por el Fomag, y que quien efectúa el pago de las mesadas de pensión y los descuentos de salud es la Fiduprevisora S.A., quien administra los recursos de aquél.

3. Indicó que la Fiduprevisora le hizo a la actora descuento del 24% sobre las mesadas ordinarias y adicionales de su pensión, siendo un 12% para cada una de las mesadas por concepto de salud, realizándose trece descuentos por esto en los 12 meses de servicios anuales, de manera que, el 29 de agosto de 2018, le solicitó a dicha entidad que le devolvieran tales descuentos calificados como ilegales sobre la mesada de diciembre, siendo igualmente presentada la petición ante el Ministerio de Educación Nacional el 03 de septiembre de 2018, requerimientos que no fueron atendidos por las entidades, sino que tal Ministerio solamente remitió la solicitud por competencia a la Fiduprevisora.

1.3. Normas Violadas y concepto de la violación (Fols. 7 y 8 y 9 a 13[4])

Relacionó como disposiciones consideradas como violadas por las entidades demandadas los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política, el artículo 10 del Código Civil, la Ley 4 de 1966 y su decreto reglamentario 1743 de 1966, la Ley Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 91 de 1989, artículo 81 de la Ley 812 de 2003, la Ley 1285 de 2009 y la Ley 1437 de 2011, así como violación directa del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil con radicado 1064 del 16 de diciembre de 1997.

Precisó que la administración pública tenía el deber de proteger a todos los residentes del país en su vida, honra y bienes, para asegurar que se cumplan los deberes establecidos de un estado social de derecho, al igual que de los particulares, así como también la supremacía de la Norma Superior y la igualdad de los derechos.

Destacó que el trabajo era una obligación social, cuya protección correspondía al Estado, pasando aquél a ser sustituido por la pensión, no pudiéndose efectuar descuentos en las mesadas que no estén autorizados, en razón a que son emolumentos para subsistir con la connotación de inalienables, irrenunciables e imprescriptibles, de manera que correspondía a las entidades demandadas cuidar que no se realicen descuentos en las mesadas adicionales en el porcentaje del 12%, y arguyó que los actos administrativos demandados transgredían tales normas y disposiciones, por cuanto la Fiduprevisora estaba descontando de manera discrecional el 12% en salud en las mesadas adicionales del mes de diciembre en la pensión de la señora Elizabeth Álvarez Carvajal, inobservándose la Constitución Política, e inaplicándose el debido proceso y el principio de eficacia en dichos actos.

Adicionalmente, el profesional del derecho explicó que la Fiduprevisora, como administradora de los recursos del Fomag, estaba aplicando la Ley 100 de 1993 respecto de los descuentos y pago de mesadas adicionales, motivo por el que

[4] Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

hacía los descuentos del 12% a todas las mesadas que percibía, así como sobre las mesadas adicionales, pero que estas no eran objeto de tal descuento, no encontrándose autorizada la Fiduciaria para realizar estos, los cuales son destinados a pagar las cotizaciones de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, tal como había sido sostenido en la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las sentencias del 07 de diciembre de 2017, radicado 2014-00353 y del 24 de agosto de 2017, expediente 2015-00770, emanadas de esta última Corporación.

2. **Contestación de la demanda por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**[5]

La apoderada judicial de la entidad, al momento de contestar la demanda de la referencia, indicó que se oponía a todas las pretensiones que fueron elevadas en la demanda, debido a que carecían de fundamentos de derecho, argumentando que no era procedente el reintegro y suspensión de descuentos de las mesadas adicionales destinadas a los aportes en salud, en virtud a los principios constitucionales de sostenibilidad financiera y solidaridad del sistema de seguridad social en salud, para lo cual afirmó que todos descuentos en cuestión estaban autorizados por el legislador.

Seguidamente, como argumentos que sustentaban su posición, mencionó el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, en el que se estableció que el procedimiento y prestación del servicio médico de salud de los docentes estaba en cabeza del Fomag, quien estaría facultada de descontar un 5% sobre todas las mesadas, incluidas las adicionales.

Expresó que al dictarse la Ley 812 de 2003, el artículo 81 de esta estableció que los docentes que estuvieran afiliados al Fomag les sería aplicable el régimen de cotización de los aportes en salud previsto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003, por lo que el descuento que se practicaría por concepto de salud en las mesadas pensionales de los docentes sería del 12%, máxime cuando las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud eran contribuciones parafiscales.

Como soporte de su posición, hizo alusión a la sentencia de unificación SUJ-024-CE-S2-2021 del Consejo de Estado, proferida el 3 de junio de 2021.

De otro lado, se opuso a la solicitud de condena en costas elevada por la demandante por considerar que resultaba improcedente, debiendo probarse que fueron causadas, no siendo esta objetiva.

Excepciones de mérito propuestas (Fols. 10 y 11[6]**)**

(i) Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad: Manifestó la profesional del derecho que los actos que fueron demandados eran ajustados a derecho, comoquiera que en los mismos fueron aplicadas las normas vigentes y procedentes para el asunto, no materializándose ninguna nulidad en ellos.

[5] Visto en el anexo 6 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.
[6] Visto en el anexo 4 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

(ii) Prescripción de mesadas: Advirtió que, en caso de accederse a lo solicitado en la demanda, se declarara la prescripción trienal de lo peticionado.

3. Pronunciamiento frente a las excepciones propuestas

En el término de traslado, la parte demandante no se pronunció sobre las excepciones propuestas por la entidad accionada, según se indicó en constancia secretarial de fecha 31 de enero de 2022, vista en el anexo No. 11 del cuaderno principal del expediente digital.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda que ocupa fue presentada el 23 de octubre de 2019 ante la Oficina de Reparto[7], correspondiéndole el conocimiento del asunto a este Juzgado. La misma fue admitida a través de auto del 04 de febrero de 2020[8], donde se ordenó la notificación a las entidades demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Posteriormente, por medio de auto calendado del 20 de mayo de 2022[9], se difirió para el fondo del asunto las excepciones denominadas legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad y prescripción de mesadas, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tuvieron como pruebas las allegadas con la demanda y por la parte demandada con la contestación de la demanda, se fijó el litigio y se determinó por el Despacho que se procedería a dictar sentencia anticipada, previo traslado a las partes para que rindieran sus alegatos finales por escrito y el Ministerio Público rindiera concepto si así lo consideraba.

El expediente entró al despacho para fallo el día 21 de julio de 2022, tal como se observa en la constancia secretarial obrante en el anexo No. 18 del cuaderno principal del expediente digital.

2.2. Alegatos de conclusión

2.2.1. Parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio [10]

El apoderado de la entidad demandada arguyó que no era procedente acceder al reintegro de los descuentos del 12% o de cualquier otro valor que hubiese sido descontado por salud en las mesadas adicionales devengadas en el mes de diciembre por razón de la pensión de jubilación de la actora, así como a las demás solicitudes incoadas, en razón a lo determinado por el Consejo de Estado en la sentencia SUJ 024 CE S2 2021, que determinó la procedencia de descuentos de aportes de salud a los docentes afiliados al Fomag, motivo por el que el acto demandado mantenía su presunción de legalidad, no habiendo lugar a su modificación o anulación.

---

[7] Visto en el Fol. 3 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.
[8] Visto a Fols. 37 y 38 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.
[9] Visto en el anexo 12 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.
[10] Visto en el anexo 16 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

2.2.2. Parte demandante

La parte actora dentro del proceso de la referencia, no presentó alegatos de conclusión.

2.3. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no intervino dentro del asunto que ocupa.

2.4. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no presentó concepto dentro del proceso de la referencia.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

¿Hay lugar a declarar la existencia de los actos administrativos fictos o presuntos negativos, originados con ocasión a la presentación de las peticiones elevadas el 29 de agosto de 2018, radicado 20180322501722, y del 03 de septiembre de 2018, ante la Fiduciaria Fiduprevisora S.A. y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, respectivamente, así como declarar la nulidad de estos, en tanto que negaron la devolución de descuentos realizados a la demandante en cuantía del 12%, así como cualquier otro valor descontado por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a aquélla?

3.2. Tesis del despacho

No se accederá a las pretensiones declaratoria de nulidad incoadas en la demanda en razón a que, atendiendo al precedente de unificación jurisprudencia del Consejo de Estado, son procedentes los descuentos del 12% en las mesadas adicionales canceladas a los decentes por concepto de salud, descuento que se encuentra establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, a lo que se suma que tal porcentaje fue aumentado por disposición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, no excluyendo su aplicación a las mesadas adicionales devengadas por los docentes.

3.3. Sentencia de unificación del 3 de junio de 2021[11]

El Consejo de Estado, con el ánimo de zanjar las diversas posiciones que se estaban presentando respecto de los descuentos que se realizaban a los docentes pensionados por el servicio de salud en las mesadas adicionales que

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación del 03 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicado No. 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18)CE-SUJ-024-21.

les eran pagadas en los meses de junio y diciembre, profirió el 3 de junio de 2021 la sentencia de unificación jurisprudencia CE-SUJ-024-21, providencia en donde se determinaron las siguientes reglas y posiciones:

> *"2. REGLA DE UNIFICACIÓN*
>
> *86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales."*

Como punto de partida para resolver las controversias y distintas posiciones jurisprudenciales que se estaban presentando alrededor de los descuentos de aportes por concepto de salud a los docentes en las mesadas pensionales que estos perciben, el Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de unificación en mención, abordó lo correspondiente a las normas que se han expedido al respecto, profundizando en las dictadas a partir de la Ley 812 de 2003, para así establecer la disposición normativa que resulta actualmente aplicable a aquéllos:

> *"40. Fue así como a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 del 26 de junio de 200332, se introdujo un cambio sustancial en el régimen prestacional de los docentes afiliados al FOMAG33. En efecto, el artículo 81 previó que quienes se vincularan a partir de ese momento, estarían cobijados por el régimen de prima media de que tratan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos por aquel, con excepción de lo relacionado con la edad de pensión que será de 57 años, tanto para hombres como para mujeres. Así lo reguló la norma:*
>
> > *«ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*
> >
> > *Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.*
> >
> > *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. […]»

41. Es importante señalar que el servicio de salud de este personal es prestado de conformidad con la Ley 91 de 1989, en las condiciones anteriormente señaladas. Ahora, en cuanto a la tasa de cotización, la Ley 812 de 2003 también se remitió a lo regulado para el sistema general de seguridad social y mantuvo la distribución de los porcentajes de trabajadores y empleadores. Fue así como el Decreto 2341 del 19 de agosto de 200334 reglamentó la anterior disposición y reiteró que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG corresponde a la «suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003».

(…)

43. En ese orden, se concluye que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 modificó el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, en cuanto al porcentaje del aporte, y, a partir de ese momento, el personal docente pasó de hacer cotizaciones equivalentes del 5% de la mesada al 12%, de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Luego, tal porcentaje se aumentó al 12.5%, según el artículo 10 de la Ley 1122 del 9 de enero de 200735, y más adelante, el artículo 1 de la Ley 1250 del 27 de noviembre de 200836 lo fijó en 12% para los pensionados. Recientemente, la Ley 2010 de 2019, en el artículo 142, adicionó el parágrafo 5 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, para establecer los porcentajes en función del valor de la mesada y señaló que podrían ir desde un 8% hasta 12%.

44. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexequibilidad del inciso 437 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.

45. Lo anterior se acompasa con el artículo 15738 de la Ley 100 de 1993, que en el numeral 1 indicó que son afiliados al régimen contributivo los pensionados y jubilados, pues se encuentran dentro del grupo de la población que tienen capacidad de pago."

Como resultado de los anteriores planteamientos, la Corporación determinó que al momento de haberse dictado la Ley 812 de 2003, su artículo 81 dispuso un aumento en el porcentaje de las cotizaciones por salud de los pensionados que estuviesen afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pasando de un 5% previsto en la Ley 91 de 1989, a un 12%, en tanto que la tasa de cotización de los servicios de salud sería conforme a lo previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Adicionalmente, precisó que el aumento porcentual de cotización por salud de los docentes no había efectuado cambios respecto de que se excluiría de su aplicación a las mesadas adicionales que aquéllos devengaran, puesto que esto se mantenía según lo ordenado en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Más adelante, al analizar cada una de las posiciones que se han adoptado frente al tema, se aclaró que cuando se percibía una mesada adicional y era objeto del descuento del 12% destinado a aporte en salud, no se generaba un descuento en la cotización a salud del 24%, puesto que el descuento se hacía sobre cada mesada, esto es la ordinaria y la adicional, así estas se cancelaran al pensionado en el mismo mes:

> *"76. En relación con el razonamiento según el cual el aporte de la mesada adicional conlleva un 24%, es necesario precisar que de cada una de las mesadas que reciben se efectúa el descuento del 12%, es decir, 12% de la mesada que periódicamente se viene recibiendo y otro 12% de la mesada adicional. Por ende, para afirmar que el descuento corresponde a un 24%, sería necesario demostrar que se efectuó sobre una misma mesada de las que se devenga periódicamente, pero no se entiende de esta forma cuando de cada una de las mesadas, se realiza la referida deducción, así sean pagadas en un mismo periodo.*
>
> *77. Una simple operación aritmética permite deducir que, en la situación bajo examen, se hace una deducción del 12% del 100% de lo que se recibe cada mes. Entonces, cuando se recibe una mesada adicional, en junio y diciembre, también se hace un descuento del 12% del total que se recibe. Si bien en términos numéricos el valor del aporte equivale al doble del que corresponde para una mensualidad ordinaria, no puede entenderse que aquella se aumenta en 24%, dado que recibe un valor adicional. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 prevé que el aporte se obtiene de la «respectiva mesada», es decir, de la mesada ordinaria más la adicional. En otros términos, el descuento del 12% se efectúa sobre el total de lo recibido en el correspondiente mes, lo que es igual al 12% de cada una de las mesadas."*

3.4. Caso concreto

La señora Elizabeth Álvarez Carvajal pretende, a través del presente medio de control, el reintegro de los descuentos del 12% por el servicio de salud, así como cualquier otro valor que se le hubiere efectuado en sus mesadas adicionales pagadas en el mes de diciembre y que fueron descontados de su pensión de jubilación, y que no se continúe efectuando tal descuento en sus mesadas adicionales.

Lo primero que resalta este Juzgador, es que a la actora le fue reconocida y se ordenó el pago de su pensión de jubilación a través de la Resolución No. 1091 del 18 de septiembre de 2009, emitida por el Coordinador del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, toda vez que había laborado como docente nacionalizado por más de 20 años, según documento obrante a folios 18 a 20 del anexo No. 1 de cuaderno principal del expediente digital.

Igualmente, se advierte que, según extracto de pagos realizados a la actora por pensión de jubilación en el periodo del 30 de abril de 2012 al 31 de agosto de 2018, expedido por la Fiduprevisora S.A.- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 10 de septiembre de 2018, visto a folios 28 a 31 del anexo No. 1 del cuaderno principal del expediente digital, en los meses de noviembre de los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 le fueron canceladas a la demandante mesadas adicionales, lo que conllevó a que la entidad efectuara descuentos por servicios médicos en cuantía del 12%, frente a las mesadas ordinarias y a las adicionales.

Asimismo, se colige que, en virtud a los descuentos previamente referidos, la accionante elevó peticiones el día 29 de agosto de 2018 (fls 21 y 22 del anexo No. 1 del cuaderno principal del expediente digital) y el 03 de septiembre de 2018 (fls 23 y 24 del anexo No. 1 del cuaderno principal del expediente digital), ante la Fiduprevisora S.A. y el Ministerio de Educación Nacional, respectivamente, en las que solicitó la "devolución descuentos del 12% o cualquier otro valor descontado para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre – o cualquiera de las dos mesadas".

Así las cosas, se tiene que lo peticionado por la actora en el asunto que ocupa es la devolución de los descuentos del 12% que le fueron practicados en sus mesadas adicionales del mes de diciembre en los años 2016, 2017 y 2018, bajo el argumento de que sobre tales mesadas adicionales no procede ese descuento que fue efectuado como cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en tanto que la Fiduprevisora no cuenta con autorización legal para efectuar los referidos descuentos, así como también que se dejen de adelantar tales descuentos.

No obstante, de conformidad con la sentencia de unificación del 3 de junio de 2021, de la que fueron transcritos algunos apartes anteriormente, advirtió que los descuentos del 12% por concepto de salud que se realicen sobre las mesadas adicionales de las pensiones de jubilación de los docentes, es procedente, puesto que esto fue determinado por la Ley 812 de 2003, toda vez que no existe una excepción establecida en norma alguna respecto de estas para ser excluidas de ello, como se pasa a mostrar:

> *"53. En conclusión: Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *1.2. Revisión de las tesis que limitan los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales 54. Hasta este punto queda verificado que los docentes pensionados están en la obligación de aportar un 12% de sus mesadas pensionales y que, al tratarse de una regla derivada de los artículos 8 de la Ley 91 de 1989 y 81 de la Ley 812 de 2003, la obligación de aportes, cualquier excepción debe estar taxativamente señalada por la ley. (…)*
>
> *60. Ahora, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es la norma específica para el sector docente y aquella dispuso que sí se deben efectuar los descuentos de las mesadas adicionales, además, es posterior a la Ley 43 de 1984, con lo cual, esta última no es la que rige para el personal afiliado al FOMAG."*

Sobre la procedencia del descuento del 12% para los docentes afiliados al Fomag, entre los que estaban incluidos los que ya estuvieren pensionados, el Consejo de Estado, determinó que:

> *"80. La Sala no comparte la tesis propuesta, pues antes se señaló que la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, estimó razonable la interpretación según la cual el aumento que dispuso el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en el porcentaje del aporte a salud también es aplicable a los pensionados. Una conclusión necesaria de ello es que, a pesar de que los docentes pensionados se*

vincularon antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, también fueron destinatarios del aumento en la cotización a partir de esta última norma.

(…)

83. Así las cosas, el término bajo examen lleva a que el descuento se haga a cada una de las mesadas pensionales que se reciban y no solamente de las ordinarias, pues de la expresión «de la respectiva mesada pensional» incluye las adicionales, puesto que también tienen esa connotación. Por lo tanto, las deducciones de las mesadas de junio y diciembre también se encuentran comprendidas en el contenido normativo en cuestión, dado que no se ha introducido excepción legal en este punto, contrario a ello, es una obligación derivada del artículo 8, inciso 6, de la Ley 91 de 1989.

84. En efecto, una interpretación lógica del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, lleva al mismo entendimiento si se tiene en cuenta que dicha norma prevé que la cotización mensual al régimen de salud será del 12% de la respectiva mesada pensional. Los pagos que superan los valores ordinarios recibidos en junio y diciembre son mesadas adicionales, tal y como se desprende de los artículos 50 y 142 ejusdem, y aún del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 cuando señala «incluidas las mesadas adicionales». Entonces, el porcentaje de los descuentos de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, aplicable por disposición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, incluye a las mesadas adicionales"

De otro lado, la misma providencia se pronunció también sobre la suspensión del descuento del 12% como aporte a salud en las mesadas adicionales, explicando también el motivo por el que tampoco procedía la devolución de los que ya se hubieren practicado, sobre lo que dispuso que:

"105. En esas condiciones, no es viable acceder a la pretensión de la demanda, en cuanto solicita que se ordene suspender los descuentos de los aportes, así como la devolución de los ya efectuados, puesto que aquellos tienen la finalidad de contribuir al sostenimiento del sistema especial de salud que administra el FOMAG, que tiene como destinatarios al personal docente, así como a sus beneficiarios, según se precisó en líneas anteriores.

106. Conclusión: No debe ordenarse la suspensión de los descuentos de los aportes con destino a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre del señor José Julián Guevara Parra, como quiera que aquellos son procedentes en el porcentaje del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 o el señalado por las normas que lo modifiquen o adicionen, de conformidad con lo regulado por el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

107. Como consecuencia de lo anterior, no es necesario efectuar un pronunciamiento adicional en relación con el segundo problema jurídico, comoquiera que al encontrarse ajustadas a la ley las deducciones de los aportes efectuados para salud, es lógico derivar que no debe ordenarse la devolución de las sumas descontadas por dicho concepto."

Por tanto, en razón a lo previamente manifestado, no hay lugar a devolver el 12% de los descuentos que le fueron practicados a la señora Elizabeth Álvarez Carvajal, por concepto de salud en las mesadas adicionales de su pensión de jubilación como docente, por cuanto, tal como fue advertido por el Consejo de Estado, los mismos son procedentes, encontrando su sustento en la Ley 91 de 1989, y por ese porcentaje, según lo preceptuado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual es aplicable atendiendo a lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

En consecuencia, se declarará la existencia de los actos administrativos fictos demandado, pero se advierte que no se encuentra que los mismos estén incurso en alguna de las causales de nulidad establecidas en el ordenamiento jurídico, según los planteamientos expuestos por la demandante, motivo por el que se negarán las pretensiones relacionadas con esto.

3.5. Con relación a la condena en costas

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado[12] en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva, y que, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A., que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas al igual que deberá establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que, de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P., las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que el apoderado de la parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó la demanda (Anexo No. 6 del cuaderno principal del expediente digital), y presentó alegatos de conclusión (Anexo No. 16 del cuaderno principal del expediente digital), causándose así agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandante en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de $35.802 equivalente al 4% de las pretensiones (Fol. 14 del anexo No. 1 del cuaderno principal del expediente digital) de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. Suma que se fija a favor de la demandada, Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

<u>Reconocimiento de personería</u>

En el anexo 17 del cuaderno principal del expediente digital, se observa memorial de sustitución de poder otorgado al abogado Enrique José Fuentes Orozco, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.432.768 de Bogotá D.C, y portador de la tarjeta profesional No. 241.307 del C.S de la J., como

[12] C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

apoderado en sustitución de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que el despacho procederá a reconocerle personería.

En mérito de lo expuesto, el ***JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar probada la excepción de *legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad* propuesta por la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo referido en precedencia.

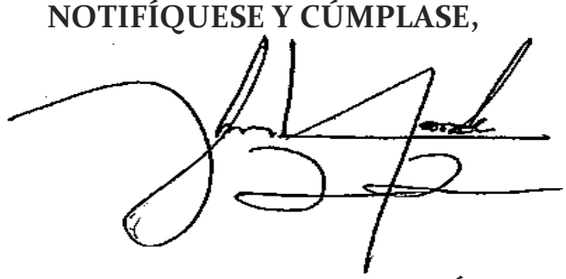
SEGUNDO. Declarar la existencia de los actos fictos o presuntos de carácter negativo configurados por la no respuesta a las peticiones presentadas por la demandante los días 29 de agosto de 2018 y el 03 de septiembre de 2018 ante la Fiduciaria La Fiduprevisora S.A. y la Nación - Ministerio de Educación Nacional, respectivamente.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Condenar en costas a la parte demandante, tomando como agencias en derecho la suma de $35.802 a favor de la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que serán tenidas en cuenta por Secretaría al momento de liquidar las costas.

QUINTO: Reconocer personería adjetiva para actuar al abogado Enrique José Fuentes Orozco, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.432.768 de Bogotá D.C, y portador de la tarjeta profesional No. 241.307 del C.S de la J., como apoderado sustituto de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
JUEZ