



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL (Art. 180 CPACA).

Referencia	:	150013333015-2017-00040-00
Medio de Control	:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	:	FLOR MARIA BARRETO DE MOYA
Demandado	:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A

En Tunja siendo las nueve (9:00 am) de la mañana del día veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), día y hora señalados mediante auto calendado del 12 de octubre del mismo año, procede el despacho a dar curso a la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el No. **1500133330152017-00040-00**, adelantado por Flor María Barreto de Moya a través de apoderado, en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduciaria la Previsora S.A. Esta diligencia será grabada a través del sistema de audio y video con que cuenta esta instancia judicial, asignando para el efecto al Sustanciador Nominado del despacho como secretario Ad hoc. El orden en la presente diligencia será el siguiente:

- 1. Verificación de asistentes a la diligencia.**
- 2. Saneamiento del proceso.**
- 3. Resolución de excepciones previas y mixtas.**
- 4. Plan del Caso y Fijación del litigio.**
- 5. Conciliación.**
- 6.- Medidas cautelares.**
- 7.-Decreto de pruebas.**
- 8. Prescendencia de la audiencia de pruebas de ser procedente**
- 9. Alegatos de ser procedente**
- 10. Sentencia de ser procedente**

1- ASISTENTES A LA DILIGENCIA

Se concede el uso de la palabra a los asistentes para que indique su nombre, numero de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quien o que entidad representan.

Parte demandante: Se hace presente la abogada Adriana Ginnett Sánchez Gonzalez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.695.813 portadora de la tarjeta profesional 126700 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

Parte demandada – Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en adelante FNPSM: No se hace presente. Se

concede el término previsto en la Ley 1437 de 2011 – artículo 180, para efectos de justificar su inasistencia.

-Fiduciaria la Previsora S.A: No se hace presente. Tampoco ha designado apoderado.

Ministerio Público: Procuradora 69 Judicial I delegada para asuntos administrativos.

AUTO

Primero: Reconocer personería jurídica a la abogada Adriana Ginnett Sánchez González, identificad con cédula de ciudadanía No. 52.695.813, portadora de la Tarjeta Profesional 126700 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la parte demandante, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución poder otorgado allegado en esta audiencia.

Segundo: Continuar con el trámite de la presente audiencia.

La anterior decisión es notificada en estrados.

2.) SANEAMIENTO:

El despacho pone en conocimiento de las partes que revisado el expediente no se advierte actuación irregular o vicios que puedan acarrear nulidades de lo actuado hasta ésta etapa procesal.

Esta decisión queda notificada en estrados

Con todo se le concede el uso de la palabra al a los intervinientes:

Parte demandante (Minuto: 9:12) No advierte irregularidades

Ministerio público: (Minuto: 9:20) No advierte irregularidades

3.) DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS:

El apoderado de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - F.N.P.S.M., con la contestación de la demanda (fls.52-64) propuso las excepciones de “(i) *inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica*”, (ii) *inexistencia de la obligación*, (iii) *improcedencia de las acciones en contra del Ministerio de Educación por la inexistencia de nexo causal*, (iv) *vinculación del litisconsorte*, (v) *falta de legitimación por pasiva*, (vi) *prescripción* y (vii) *genérica*”, las cuales, excepto las señaladas en los numerales *iv*, *v* y *vi*, al no estar dentro de las contempladas en el primer inciso del numeral sexto del artículo 180 del C.P.A.C.A., ni dentro de las contempladas en el artículo 100 del C.G.P. aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A., serán examinadas con el fondo del asunto.

En efecto, se encuentra que de las excepciones propuestas tan solo la denominada *vinculación del litisconsorte*, *falta de legitimación por pasiva* y *prescripción* tienen en carácter de excepciones previas que deben ser resueltas en esta oportunidad procesal.

Vinculación del litisconsorte

El apoderado de la entidad demandada solicito vincular al proceso a la Fiduciaria la Previsora S.A en razón a que la entidad del orden central le entregó la administración de dicha cuenta a través de contrato de fiducia mercantil elevado a escritura pública el 21 de junio de 1990, cuyo objeto es la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la que le atribuye la calidad de vocera administradora del patrimonio del patrimonio autónomo al Fiduciario, siendo el principal responsable de garantizar la administración del patrimonio entregado por el fiducomitente.

Por otra parte, solicita vincular al proceso a la entidad territorial como responsable de la administración del personal docente, quien a su juicio es la que profiere el acto demandado y en caso de no conceder se vincule en calidad de tercero participativo.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 61 del Código General del Proceso ésta figura se presenta cuando existen *“relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, **por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos**, la demanda deberá formularse por todas o **dirigirse contra todas**; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado”*.

En el litisconsorcio necesario existe una unidad respecto del derecho sustancial que se debate, dicha relación está expresamente definida por la ley o puede extraerse de la interpretación de los hechos y derechos que se cuestionan dentro del litigio, en éste último caso es necesario realizar un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y así determinar si puede o no proferirse un pronunciamiento de fondo sin la comparecencia de un número plural de sujetos.

El Consejo de Estado así lo ha manifestado en sentencia del 6 de mayo de 2015 radicado No. 2000-01112. CP: Olga Melida Valle de la Hoz:

“La característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado”.

Descendiendo al caso bajo examen, se observa que el apoderado de la parte demanda solicita la vinculación de la Fiduciaria la Previsora S.A dentro del proceso de la referencia; sin embargo, la excepción no está llamada a prosperar como quiera que la Fiduciaria la Previsora S.A se encuentra demandada dentro del medio de control tal y como quedo señalado en el auto admisorio de la demanda (fls.35-36).

Con respecto a la solicitud de vincular al proceso a la entidad territorial se tiene que el presunto vínculo surgido como consecuencia de la presunta relación laboral entre la demandante y la Secretaría de Educación, sea óbice para determinar que

el asunto deba resolverse de manera uniforme o no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de éste. A su vez, se tiene que el apoderado de la parte demandada no sustenta su solicitud de integración del contradictorio, tan solo se limita a pedir lo referido, sin aportar los elementos de juicio que demuestren que por la naturaleza o por disposición legal, el presente asunto haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de la entidad territorial.

Tampoco es cierto que el acto acusado se encuentre suscrito por una entidad territorial, toda vez que revisado el mismo se observa que fue expedido por la Fiduprevisora (fl.17), en ese sentido la excepción bajo estudio será declarada no prospera.

Falta de legitimación por pasiva

El apoderado de la entidad demandada señaló que la Nación - Ministerio de Educación no expidió los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales, ya que fueron expedidos por la Secretaria de Educación respectiva en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

Adujo, que mediante la Ley 91 de 1989 la Nación creo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuyos recursos están destinados a pagar las prestaciones de los entes territoriales reconozcan a su planta de docentes a través de las secretarías de educación (sic), y cuya realización del pago está a cargo de la Fiduciaria la Previsora S.A., considerando que no puede imputársele a la Nación – Ministerio de Educación responsabilidad relacionada con el reconocimiento de la prestación y el pago de la misma.

Expuso, que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 suprimieron ciertas funciones del representante del Ministerio de Educación, por lo que no tiene contemplado dentro de sus funciones y competencias el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Luego de hacer a alusión a las facultades de las entidades territoriales con relación a la administración del personal docente y administrativo de los servicios administrativos, concluye que su representada no intervino en gestión alguna respecto al trámite de solicitud de la prestación ni es un ente pagador de los recursos del Fondo ni tiene competencia o paso en alguno de los trámites para el reconocimiento y pago de las prestaciones del Ministerio de Educación.

Frente a la legitimación en la causa, precisa el juzgado que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, el estudio de la falta de legitimación en la causa debe abordarse desde dos perspectivas, a saber: En primer lugar, se encuentra la legitimación de hecho o procesal, que *hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado*, una vez se ha iniciado el trámite en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal. En segundo lugar, se habla de legitimación sustancial o material, para significar *la participación o vínculo que tienen las*

personas - siendo o no partes dentro del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda¹.

Sin embargo, los argumentos que sustentan la excepción en estudio no son claros y no guardan relación con el objeto del medio de control, en la medida que, se reitera, no es cierto que el acto acusado se encuentre suscrito por una entidad territorial, toda vez que revisado el mismo se observa que fue expedido por la Fiduprevisora (fl.17), y de otra parte, tampoco se discute el reconocimiento y pago de la prestación de la accionante, toda vez que lo que se pretende es la suspensión y el reintegro de los descuentos con destino al régimen contributivo de salud que se efectúan sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión reconocida. En virtud de lo expuesto **la excepción será declarada como no prospera.**

PRESCRIPCIÓN

El despacho considera que aun cuando la resolución de este medio está prevista para definirse en la audiencia inicial, lo cierto es que en el presente caso su aplicación no recae en el derecho en sí mismo considerado, es decir, el derecho pensional, sino sobre cualquier derecho reclamado por el accionante que supere los tres años, conforme lo establecen los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, por lo que será en el fallo donde se establezca si hay lugar a declararla.

Frente a la excepción denominada **genérica**, se dirá que en el evento en que el despacho advierta que se configura cualquier medio exceptivo no propuesto por las partes, se procederá a su declaración en virtud del Art. 187 del CPACA.

Sea del caso precisar, que **la Fiduprevisora** no presente contestación a la demanda de la referencia pese a encontrarse debidamente notificada².

De otra parte, el Despacho no encuentra excepciones previas que deban ser declaradas de oficio, como tampoco las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación y Prescripción extintiva.

Conforme a lo expuesto hasta el momento, el **Despacho** profiere la siguiente decisión,

AUTO

PRIMERO: Declarar no prosperas las excepciones denominadas "*vinculación del litisconsorte y falta de legitimación por pasiva*", propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Postergar para la etapa de fallo, la resolución de las excepciones denominadas "*inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica, inexistencia de la obligación, improcedencia de las acciones en contra del Ministerio de Educación por la inexistencia de nexo causal, prescripción y*

¹ En este sentido se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado, por ejemplo, en providencia del 30 de enero de 2013, proferida por la Sección Tercera, Subsección B, con ponencia del Doctor Danilo Rojas Betancourth, dentro del proceso identificado con radicado interno 458610, así como también, en la Sentencia de fecha 17 de junio de 2014, proferida por la Sección tercera con ponencia de la Doctora María Elena Giraldo Gómez, dentro del proceso con radicado interno 14452.

² Folios 42 y 46 del expediente.

genérica” propuesta por el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: Declarar que no se encuentran excepciones previas que deban ser declaradas de oficio ni las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación y Prescripción extintiva.

Esta decisión queda notificada en estrados

En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra a los intervinientes para que se manifiesten.

Parte demandante (Min: 22:20)
Ministerio público: (Min: 22:28)

4.) FIJACIÓN DEL LITIGIO:

De la lectura de la demanda (fl.2-16) y la contestación (fl.52-64) presentada por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se observa que los extremos de la litis **no** concuerdan en ningún hecho de los expuestos en los numerales 1 a 7, indicando la entidad accionada a través de su apoderado que no le constan y se atienen a lo que resulte probado. Los referidos supuestos fácticos, versan sobre el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, las mesadas adicionales que recibe, los descuentos que se le realizan con destino a Salud, el derecho de petición solicitando la suspensión y el reintegro de los referidos descuentos, la remisión de la misma por parte del FNPSM a la Fiduprevisora, la respuesta expedida por la Fiduprevisora y los valores adeudados con ocasión a los descuentos mencionados.

Hechos probados, los cuales se extraen de la documental obrante en el expediente.

1.- Que mediante oficio No. 20160161357721 de fecha 24 de noviembre de 2016 la Fiduprevisora responde la petición de la accionante indicando que no puede acceder favorablemente a su petición de la devolución de las sumas de dinero descontadas por aportes de salud en las mesadas adicionales (fl.17-20).

2.- Que la accionante realizo el 26 de agosto de 2016 la solicitud de suspensión y reintegro de las sumas de dinero descontadas por aportes de salud en las mesadas adicionales (fls.21-24).

3.- Que el Representante del Ministro de Educación ante el Departamento de Boyacá en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante resolución No. 0931 de 31 de mayo de 1996, reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la accionante (fl.25-28).

4.- Que a la accionante se le realiza descuentos sobre la mesada adicional como se observa en el comprobante No. 201311300026099 expedido por la Fiduprevisora y obrante a folio 30.

Finalmente, se reitera que la Fiduprevisora S.A. no contestó la demanda.

Con fundamento en lo enunciado, el suscrito Juez fija el litigio en los siguientes términos:

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

La controversia se contrae a establecer si a la demandante le asiste derecho a la suspensión y reintegro de los descuentos con destino al régimen contributivo de salud que se efectúan sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de su pensión de jubilación, y por ende, si se desvirtúa la legalidad del acto administrativo demandado?

Esta decisión queda notificada en estrados

La anterior fijación del litigio propuesta por el despacho, se somete a consideración de los intervinientes para que manifiesten si se encuentran conformes o si estiman que debe agregarse o variarse algún punto. Para el efecto, se les concede el uso de la palabra.

Parte demandante: (Minuto: 25:56)

Ministerio público: (Minuto: 26:08)

5.- CONCILIACIÓN

En este estado de la diligencia, conforme lo establece el numeral 8º del artículo 180 del C.P.A.C.A., se procede a establecer la posibilidad de lograr un acuerdo conciliatorio entre las partes. Sin embargo, teniendo en cuenta que no se hace presente el apoderado de la entidad demandada se declara fracasada la etapa conciliatoria y se continúa con el trámite de la audiencia.

Esta decisión queda notificada en estrados

6.) MEDIDAS CAUTELARES:

No hay medidas cautelares sobre las cuales el Despacho deba pronunciarse.

7.- DECRETO DE PRUEBAS

7.1. PARTE DEMANDANTE

-Aportadas

Téngase como pruebas e incorpórense todas y cada una de las documentales aportadas con el libelo demandatorio, obrantes a folios 17 a 31 del expediente con el valor que en su oportunidad correspondan otorgarles.

-Solicitadas (fl.15)

La parte actora no solicito pruebas.

7.2. PARTES DEMANDADA

7.2.1 Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

-Aportadas

La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el medio de control no allego prueba documental, tan solo allegó el poder especial y la sustitución del mismo tal y como consta a folios 65 y siguientes.

-Solicitadas (fl.64)

Solicitó oficiar a la entidad territorial que profirió los actos administrativos demandados para que allegue el expediente administrativo.

Respuesta: No hay lugar a decretar la prueba solicitada como quiera que el expediente administrativo fue allegado por la entidad territorial como consta a folios 75 a 103, documentos que serán incorporados y se les dará el valor probatorio que en su oportunidad corresponda otorgarles.

7.2.2 Fiduprevisora S.A.

No solicito pruebas.

7.3. MINISTERIO PÚBLICO.

No elevó solicitud probatoria, razón por la cual no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno sobre el particular.

7.4 PRUEBAS DE OFICIO

Si bien el Despacho había oficiado³ a la Fiduprevisora S.A para que allegara el expediente administrativo, teniendo en cuenta que éste fue allegado por la Entidad territorial, no hay lugar a Decretar pruebas de oficio.

En consecuencia se preferirá el siguiente,

AUTO

PRIMERO: Tener como pruebas decretadas las referenciadas en precedencia.

SEGUNDO: Negar el decreto de la prueba solicitada por la parte demandada conforme a lo expuesto.

TERCERO: Determinar que no hay pruebas que decretar a solicitud de parte o de oficio, en consecuencia, se encuentra agotada esta etapa.

Esta decisión queda notificada en estrados

En esta etapa de la diligencia se corre traslado a las partes sobre el decreto de las pruebas:

Parte demandante: (Minuto: 29:42)

³ Folios 72 y 104.

Ministerio público: (Minuto: 29:45)

8. PRESCINDENCIA AUDIENCIA DE PRUEBAS

Al no haber pruebas que practicar y por tratarse de un asunto de pleno derecho, de conformidad con el inciso 2º del numeral 3º del artículo 179, 187 e inciso final del artículo 283 de la Ley 1437 de 2011, se procede con la continuidad de la audiencia inicial.

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Correr traslado a los intervinientes para que presenten sus alegatos de conclusión, aclarando que contarán hasta con 20 minutos para el efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 182 del C.P.A.C.A.

Parte demandante: (Minuto: 30:48)

Ministerio público: (Minuto: 37:04)

10. SENTENCIA

Finalizada como se encuentra la fase de alegatos, y sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones y fundamentos jurídicos.

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la señora Flor María Barreto de Moya a través de apoderado judicial, solicita⁴ entre

-
- ⁴ Específicamente: 1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20160161357721 del 24 de noviembre de 2016, proferido por la Dirección de Afiliaciones y Recaudos de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., por remisión de LA NACIÓN COLOMBIANA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante el cual se negó la solicitud de suspensión y reintegro de los descuentos que se efectúan sobre las mesadas adicionales de Junio y Diciembre o primas de Junio y Navidad de la pensión de jubilación, con destino al régimen contributivo de salud.
2. Que como consecuencia del anterior pronunciamiento se disponga por ese Despacho que LA NACIÓN COLOMBIANA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA, **suspenda** la totalidad del descuento que se efectúa, como cotización al régimen contributivo de salud, efectuado a las mesadas adicionales de Junio y Diciembre o primas de Junio y Navidad de la pensión de Jubilación reconocida a la señora FLOR MARIA BARRETO MOYA mediante Resolución No. 0931 del 31 de mayo de 1996.
 3. Que la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA, **reintegre de forma indexada**, a la señora FLOR MARIA BARRETO DE MOYA la totalidad de los descuentos que se han efectuado sobre las mesadas adicionales de Junio y Diciembre o primas de Junio y Navidad, como cotización al régimen contributivo de salud, efectuado a la pensión de jubilación.
 4. Que se condene a la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA, a reconocer y pagar los **intereses** moratorios máximos legales, causados por el no pago completo de las mesadas adicionales de junio y diciembre.
 5. Que la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA, dé cumplimiento a las disposiciones del fallo que ese Despacho profiera dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
 6. Condenar al demandado a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término dispuesto en el Inciso 2 del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pague intereses moratorios conforme a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
 7. Condenar en costas a la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que pague el valor de las Agencias en Derecho, causadas por el presente proceso. ”

otras, se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20160161357721 del 24 de noviembre de 2016 y se disponga la suspensión de la totalidad del descuento que se realiza como cotización al régimen contributivo de salud sobre las mesadas adicionales de Junio y Diciembre o primas de Junio y Navidad de la pensión de Jubilación.

Así mismo, se reintegre de forma indexada, a la señora Flor María Barreto de Moya la totalidad de los descuentos que se han efectuado sobre las mesadas adicionales de Junio y Diciembre o primas de Junio y Navidad, como cotización al régimen contributivo de salud sobre la pensión de jubilación, reconociendo y pagando los intereses moratorios causados por el no pago completo de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

El apoderado de la parte demandante señaló que con la expedición de los actos demandados vulnera los artículos 13, 25, 29, inciso final del artículo 48, inciso final del artículo 49, inciso 3 del artículo 53, artículo 58 de la Constitución Política de Colombia. Ley 4 de 1966 y el decreto reglamentario 1743 de 1996, decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969, 806 de 1998, 1073 de 2002, leyes 43 de 1984, 91 de 1989, 812 de 2003, 100 de 1993, 797 de 2003, concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997 del Consejo de Estado.

Argumentó como cargo la “*violación de la ley*”, haciendo un recuento del origen legal de la mesada adicional, citando para el efecto el artículo 5 de la ley 4 de 1976, el artículo 50 de la ley 100 de 1993, el artículo 15 de la ley 91 de 1989, artículo 142 de la ley 100 de 1993, artículo 1 de la ley 4 de 1976, la ley 71 de 1988 y el artículo 1 de la ley 238 de 1995, indicando que todos esos antecedentes son importantes para determinar la naturaleza de las mesadas adicionales.

Luego, cita el artículo 2 de la ley 4 de 1966 y del decreto 1743 de 1966, el artículo 37 del decreto 3135 de 1968, el artículo 90 del decreto 1848 de 1969, el artículo 5 de la ley 43 de 1984, el artículo 7 de la ley 42 de 1982 y el artículo 8 de la ley 91 de 1989, relacionadas con los descuentos con destino a salud, señalando que es evidente la prohibición expresa sobre la mesada adicional del mes de diciembre.

Así mismo, cita la sentencia del 02 de septiembre de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, referencia 2007-00507, la cual refiere que no resulta procedente efectuar descuentos para salud sobre mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Agregó que no resulta procedente que a las personas que se encuentren cobijadas por la Ley 100 de 1993 no se les efectúen los descuentos en las mesadas adicionales mientras que a los vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio si se les realicen dichos descuentos, refiriendo que tanto el régimen general como el especial reciben las mesadas adicionales con la misma finalidad por lo que se encuentran en las mismas condiciones al percibir ese ingreso y por ello todo el tratamiento con respecto a esa mesada debe ser similar, citando en tal sentido la sentencia c-080 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

Expreso, que es claro que el legislador no ha decidido ni ha tenido la intención de gravar las mesadas adicionales con descuentos a aportes y mal hace la parte demandada al interpretar y aplicar dichos descuentos en detrimento de los derechos adquiridos de los docentes, de la naturaleza y la finalidad de las mesadas adicionales.

1.3. Hechos:

En cuanto a los fundamentos fácticos el Despacho se remite en esta oportunidad a los expuestos en la etapa de fijación del litigio, pues se considera innecesario hacer recapitulación alguna al respecto, como quiera que los mismos fueron establecidos en presencia de las partes.

1.4. Contestación de la demanda y fundamentos de defensa.

Dentro del término legal establecido para el efecto, el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicando que no existen fundamentos de hecho ni de derecho que sirvan de sustento.

Argumentó, que en virtud de la descentralización del sector educativo plasmada en la Constitución Política desarrollada en la Ley 60 de 1993 y posteriormente la ley 715 de 2001 mediante las cuales trasladan la facultad de la administración de los recursos de las entidades del orden territorial; el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad de ente nominador en materia educativa.

Explicó, que por lo anterior los municipios, Departamentos y Distritos certificados reciben todos los recursos del sector educativo y tienen la responsabilidad de la administración de los mismos. De igual forma, la Ley 115 de 1994 radica en cabeza de los entes territoriales la administración de las instituciones educativas y del personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada por la ley.

Indicó, que mediante Decreto 2831 de 2005 se trasladó la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes radicada en cabeza del Ministerio de Educación a las entidades territoriales, razón por la cual la entidad del orden central, carece de competencia y legitimidad para realizar tales funciones.

Expuso, que teniendo en cuenta el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 se facultó al Ministerio de Educación Nacional para celebrar un contrato de Fiducia con una sociedad de economía mixta cuyo objeto es la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual fue celebrado con la Fiduciaria la Previsora S.A., advirtiendo que el Ministerio de Educación no administra el Fondo, pues es la Fiduprevisora S.A. quien actúa, gestiona y defiende sus intereses y responde por los actos necesarios para el cumplimiento de los fines.

Adujo, que es indiscutible la ausencia de responsabilidad en cabeza de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – toda vez que la parte actora no ha probado la existencia de un vínculo o nexo causal que justifique el pago de los derechos prestacionales pretendidos teniendo en cuenta que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no está a cargo del Ministerio de Educación Nacional.

Refirió, que el Ministerio de Educación Nacional no interviene de forma alguna en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales o de salud a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que los trámites se encuentran a cargo de cada entidad territorial conforme la misma norma lo define sin que haya lugar a que se interprete como una delegación y se encuentren actuando a nombre del Ministerio, y en cuanto al pago, le corresponde a la Fiduciaria por ser la administradora de los recursos destinados para el pago de las mencionadas prestaciones en cada Secretaría de Educación.

Propuso las siguientes excepciones:

*Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica

* Inexistencia de la obligación

*Improcedencia de las acciones en contra del Ministerio de Educación por la inexistencia de nexo causal

*Vinculación del litisconsorte: resuelta en la audiencia inicial dentro de la etapa de excepciones de conformidad con lo previsto en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011.

*Falta de legitimación por pasiva: resuelta en la audiencia inicial dentro de la etapa de excepciones de conformidad con lo previsto en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011.

*Prescripción

*Genérica

II. CONSIDERACIONES:

Surtidas a cabalidad las etapas procesales y luego de establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, es el momento de dirimir la *litis*, profiriendo la decisión que en derecho corresponda.

Como se dijo al establecer la fijación del litigio, el debate procesal se contrae a establecer si a la demandante le asiste derecho a la suspensión y reintegro de los descuentos con destino al régimen contributivo de salud que se efectúan sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de su pensión de jubilación, y por ende, si se desvirtúa la legalidad del acto administrativo demandado?.

En orden a resolver el problema jurídico planteado, el Despacho analizara: **(i)** descuentos con destino a la salud; **(ii)** normas referentes a las mesadas adicionales de junio y diciembre; y **(iii)** caso concreto.

(i) Descuentos con destino a la salud

Al respecto, se encuentra que el párrafo del artículo 2º de la Ley 4 de 1966⁵, señaló: "*Los pensionados cotizaran mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional*". En consecuencia, los pensionados del sector público afiliados a la extinta Caja Nacional de Previsión Social, estaban en la obligación de

⁵ Ley 4 de 1966: Por medio de 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.

cotizar el 5% del valor de su mesada mensual sin que se hiciera excepción alguna ni pudiera considerarse que se exceptuaran de dicha obligación a los beneficiarios de la pensión de jubilación.

Lo anterior, es reiterado por los Decretos 3135 de 1968 al referir que los pensionados por invalidez, jubilación y vejez contarán con prebendas médicas, farmacéuticas y hospitalarias, debiendo realizar el pensionado una cotización del 5% de su mesada pensional para tal efecto. En este sentido, el Decreto 1848 de 1969 reitera la disposición:

Artículo 90. Prestación asistencial.

(...)

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.

De igual manera, el artículo 7 de la Ley 4 de 1976, dispuso que:

"Los pensionados del sector público, oficial semioficial y privado, así como los familiares que dependan económicamente de ellos de acuerdo con la ley, según lo determinen los reglamentos de las entidades obligadas tendrán derecho a disfrutar de los servicios médico, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento que 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."

De otro lado, el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, establece un descuento del 5% de las mesadas de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con destino al mismo:

Artículo 8°.- 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.

Posteriormente con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994, el monto de cotización al sistema de salud incremento, quedando para el año 1995 un porcentaje del 11% y para el año 1996 un 12% de la suma recibida como mesada pensional, estableciendo con ello una mayor carga económica en cabeza del administrado, en el siguiente tenor:

"COTIZACION EN SALUD

ARTICULO 30⁶. MONTO DE LA COTIZACION. De conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Decreto Ley 1298 de 1994, la cotización para salud que regirá para la cobertura familiar será, para 1995, de 11% de la base de cotización, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Esta cotización se elevará al 12% a partir del primero de Enero de 1996.

⁶ Decreto 1919 de 1994. Artículo 30

De esta cotización se descontará un punto porcentual para contribuir a la financiación del régimen subsidiado que para todos los efectos se denominará contribución de solidaridad.

La distribución de la cotización, incluida la contribución de solidaridad, será de 2/3 partes a cargo del empleador y 1/3 parte a cargo del trabajador. Los trabajadores independientes, los rentistas y demás personas naturales sin vínculo contractual, legal o reglamentario con algún empleador, tendrán a su cargo la totalidad de la cotización.

Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público que por disposición legal administren sistemas de salud obligatorios, se ajustarán al sistema de cotización definido en el presente artículo, según el régimen de transición establecido en el artículo 68 del Decreto 1298 de 1994 y las disposiciones que lo reglamenten".

Lo dispuesto por la precitadas normas, permite establecer que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los pensionados del sector oficial cotizaban **sobre el 5%** de su mesada pensional con el fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales, porcentaje diferente al señalado para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales. Sin embargo, la citada ley señaló de manera general, que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud **sería hasta del 12 %**.

Igualmente, se destaca que la Ley 1122 de 2007, modificó el monto y la distribución de las cotizaciones del régimen contributivo de salud, incluyendo una vez más a los pensionados, pero sin realizar ningún tipo de distinción entre régimen especial y ordinario de pensión de jubilación. En efecto en su artículo 10 preceptuó:

"ARTÍCULO 10. *Modifícase el inciso 1o del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:*

Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. *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 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%)"*

En consecuencia, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de la cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, en cual por virtud del artículo 1º de la Ley 1250 de 2008⁷, es del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

⁷ **ARTÍCULO 1o.** Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así:

"Artículo 204. *Monto y distribución de las cotizaciones(...)*

"<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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"**

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Boyacá en reciente pronunciamiento refirió que en lo correspondiente al porcentaje de cotización en salud los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993 y resulta procedente el descuento sobre las mesadas adicionales:

Aclara la Sala que, sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional dado que por pertenecer a uno especial, se encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 de la citada ley, y el párrafo transitorio^{1º} del Acto Legislativo 001 de 2005 que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

(...)

Se infiere entonces que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados conforme lo estableció el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989. Por tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general, y obedece a la libre configuración legislativa⁸. (Negrilla subrayada fuera de texto).

De lo expuesto se tiene entonces, que dado el régimen especial que ostentan los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que el mismo establece mediante la Ley 91 de 1989 el descuento aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado con destino a salud, incluyendo las mesadas adicionales.

(ii) Normas referentes a las mesadas adicionales de junio y diciembre

Al respecto, se encuentra que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone con relación con la **mesada adicional de junio**:

“Artículo 15, A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

...

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 llegasen 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.

⁸ Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá – Sala de decisión No. 2. Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Marco Julio Abril Estupiñán. Expediente: 15001-33-33-009-2015-00216-01. Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana. Tunja, 12 de julio de 2017.

*"B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º 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 y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.**" (Negrilla fuera del texto).*

Por consiguiente, si el ingreso al servicio público oficial se produjo el 31 de diciembre de 1980 o antes, el personal que cumpliera con los requisitos tendría derecho a una pensión gracia compatible con la pensión de jubilación ordinaria; pero si el mismo se produjo después del 1º de enero de 1981, los docentes tendrán derecho sólo una pensión de jubilación reconocida bajo el régimen de los demás empleados públicos nacionales, con un beneficio adicional consistente en una prima de medio año equivalente a una mesada pensional de más.

Por su parte, la ley 100 de 1993 en el artículo 142 estableció la mesada adicional de junio:

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. **<Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. En este sentido, la Ley 4ª de 1976 prescribió que a los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y similares, no se les podía descontar de la mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% a que se refiere el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, es decir el aporte en salud.**

En ese mismo sentido, el artículo 279 exceptuó de su aplicación a los pensionados y afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

"EXCEPCIONES...

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

Sin embargo, a través de la Ley 238 de 1995 se hizo extensiva la mesada adicional del sistema general de pensiones a los docentes de los regímenes exceptuados de la aplicación del régimen general de pensiones:

"ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo: **"Párrafo 4.** Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Por consiguiente, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho a una mesada adicional pagada en el mes de junio, sin que ello signifique que se hubiere modificado su régimen especial o que hubieren sido incorporados al Sistema de Seguridad Social general.

Por otra parte, la Ley 4ª de 1976 estableció con respecto a la **mesada adicional de diciembre**:

“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 correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.”

En ese sentido, el artículo 50 de la ley 100 de 1993 dispuso:

“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”.

Así las cosas, en cuanto a la mesada adicional de diciembre se encuentra que no fue consagrada por una disposición especial en favor de los docentes, sino que la misma fue establecida para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado en los anteriores términos.

(iii) Caso concreto

Se encuentra que la demandante elevó el 26 de agosto de 2016 a través de apoderado solicitud a fin de que se suspendiera los descuentos para salud de la pensión de jubilación y se le reintegrara los valores pagados por dicho concepto (fl.22).

Al respecto, la Fiduprevisora emitió el oficio 20160161357721 del 24 de noviembre de 2016, en el que resolvió de manera negativa la petición elevada por la accionante indicando que no hay lugar a la devolución de cotizaciones por conceptos de salud a su favor, debido a se encuentra facultada por lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 para realizar los descuentos por aportes a salud del 12% de cada una de las mesadas pensionales que percibe el docente incluyendo las mesadas adicionales por cuanto el artículo 8 de la ley 91 de 1989 así lo establece (fl.17-18).

Ahora bien, se tiene que la demandante fue docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que le reconoció pensión de jubilación mediante resolución No. 0931 de 31 de mayo de 1996, efectiva a partir del 16 de diciembre de 1995 (fl.25-28).

En consecuencia, resulta procedente que se practique el descuento por concepto de salud sobre las mesadas adicionales que percibe la accionante en aplicación de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

En este orden, considera el Despacho que no le asiste razón al pretender que la pensión de jubilación de la cual es beneficiaria sea exonerada de los descuentos que por salud le viene realizando la entidad demandada, pues no existe disposición jurídica alguna que la exima de la obligación de cotizar para salud; y por lo tanto, se debe efectuar el descuento en los términos referidos.

En efecto, de conformidad con lo expuesto en el acápite anterior y en atención a lo preceptuado por las disposiciones legales que regulan la materia, se concluye que sobre la mesada adicional de la pensión debe contribuirse al Sistema General

de Seguridad Social en Salud, ya que no existe disposición legal que le exima al pensionado de dicha obligación, situación que en ningún momento implica una carga excesiva o desproporcionada, por cuanto los pensionados, tanto del régimen general como los del excepcional, deben cotizar para salud teniendo en cuenta la totalidad de los ingresos por ellos percibidos y en el porcentaje previsto por la ley con el propósito de cumplir así mismo con el deber y principio de solidaridad que les asiste.

Tan es así que la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, cuyo objeto es el de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten, contempla en el inciso 2º de su artículo 1º que *“el sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios”*; y señala en su artículo 2º los principios a los cuales debe estar sujeta la prestación de dicho servicio, entre ellos los de solidaridad y de participación.

Así las cosas, no se advierte causal de nulidad frente a la decisión de la entidad demandada relacionada con la obligación de cotizar por concepto de salud sobre la pensión y las mesadas adicionales en el porcentaje señalado por las disposiciones legales vigentes, lo que implica que se deban negar las pretensiones de la demanda en la medida que no se desvirtúa la presunción de legalidad del acto acusado y declarar probadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica, inexistencia de la obligación, improcedencia de las acciones en contra del Ministerio de Educación por la inexistencia de nexo causal,* propuestas por la entidad demandada – Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las consideraciones jurídicas contenidas en esta decisión.

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

En relación con este punto, el Despacho considera necesario subrayar que el Consejo de Estado⁹ en reciente pronunciamiento sostuvo en relación a la condena en costas y agencias en derecho, que las mismas no pueden ser impuestas por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro del proceso contencioso administrativo. Para ello, el juez debe establecer que durante el proceso la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena, las cuales deben estar probadas en el proceso. En tal sentido, para ese alto Tribunal no es procedente que las mismas sean impuestas de plano, pues el

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, 8 de septiembre de 2017, radicación número: 76001-23-33-000-2013-01194-01(0021-16), Actor: Alberto Muñoz Calvache, Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad – Das - Unidad Nacional de Protección. Puntualmente, se señaló en esta decisión lo siguiente: *“La Sala precisa que la condena en costas no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, el juez debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena. Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que el juez realice una labor de interpretación que conduzca a establecer la ocurrencia de las mismas. En el sub lite, se observa que el A quo se limitó a imponer la condena en costas a la parte demandada teniendo en cuenta el contenido literal del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, pero no efectuó ningún análisis o estudio tendiente a establecer si las costas se causaron por la actuación de la parte vencida en este proceso, como tampoco se revisó si hubo una actuación temeraria o de mala fe. Recuérdese que como lo dijo la corporación en el fallo arriba transcrito en la parte pertinente, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, “no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.”*

juez debe realizar una labor juiciosa de valoración que conduzca a establecer la ocurrencia de las mismas.

En el caso *sub judice*, el Despacho acogiendo el planteamiento jurisprudencial mencionado, advierte que la parte demandante no efectuó ninguna conducta que pueda ser catalogada como temeraria o de mala fe, por lo que no habrá condena por dicho concepto.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de *inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica, inexistencia de la obligación, improcedencia de las acciones en contra del Ministerio de Educación por la inexistencia de nexo causal* propuestas por la entidad demandada, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: NIÉGUENSE la totalidad de las pretensiones, ateniendo a las consideraciones realizadas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- NO CONDENAR en costas a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO.- Cumplido lo anterior y una vez se encuentre en firme la providencia, archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor.

QUINTO.- Contra la anterior decisión, procede el recurso de apelación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 247 del C.P.A.C.A.

LA ANTERIOR DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS. Min: 1:19:43

Parte demandante: Min: 1:19:57 Interpone recurso de apelación contra la sentencia y que sustentara en el término que dispone el CPACA.

Ministerio público: Min: 1:20:10

Constancias.

Se deja constancia de que la audiencia quedo grabada en medio audiovisual y fue verificada en su integridad.

No siendo otro el motivo de la presente se da por terminada la presente audiencia, siendo las 10:34 am de la fecha ut supra y se firma por los intervinientes.



LALO ENRIQUE OLARTE RINCON

Juez



ADRIANA GINNETT SANCHEZ GONZALEZ

Apoderada parte demandante



LAURA PATRICIA ALBA CALIXTO

Procuradora



DAVID NIÑO ABAUNZA

Secretario Ad hoc