

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., nueve (09) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE N°: 11001-33-42-046-2016-00033-00
DEMANDANTE: MARTHA NUBIA GARCÍA GÓMEZ
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMIAG – y OTRA
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora Martha Nubia García Hernández Patiño, identificada con C.C. N°. 41.755.185 expedida en Bogotá, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMIAG –, y la FIDUCIARIA LA PREVISORA -FIDUPREVISORA-, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“(…)

Segunda: se declare la NULIDAD por violación de la Ley del N°. 101040202 del 01 de Junio de 2015, bajo el Radicado N°. 20150160413721, por medio del cual SE NEGÓ al (a) señor (a) MARTHA NUBIA GARCÍA GÓMEZ, el REINTEGRO DE LOS DESCUENTOS DEL 12% o cualquier otro valor REALIZADOS EN SALUD sobre la (s) Mesada (s) Adicional (es) de Diciembre descontados de su Pensión por Invalidez Reconocida mediante Resolución N°. 0036 del 08 de enero de 2014, Oficio proferido por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FIDUPREVISORA), obrando en calidad de administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Tercera: 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 REINTETRE TODOS LOS DESCUENTOS DEL 12% o CUALQUIER OTRO VALOR, descuentos REALIZADOS EN SALUD sobre las Mesada (s) Adicional (es) de Diciembre descontados de la Pensión por Invalidez del (la) demandante MARTHA NUBIA GARCÍA GÓMEZ, en adelante hasta el pago efectivo la sentencia, por tanto ordénese el retroactivo respectivo y que en el futuro NO DEBE CONTINUAR EFECTUÁNDOSE esta violación al derecho.

Cuarta: Se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y A LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., que a partir de la ejecutoria de la sentencia, NO DEBE CONTINUAR EFECTUÁNDOSE EL DESCUENTO DEL 12% o cualquier otro valor EN SALUD sobre la (s) Mesada (s) Adicional (es) de Diciembre descontadas de la Pensión por Invalidez del señor (a) MARTHA NUBIA GARCÍA GÓMEZ.

Quinta: Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y A LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., para que sobre las sumas adeudadas a mi mandante y solicitadas con la presente demanda, le pague las sumas necesarias para hacer los AJUSTES 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).

Sexta: Se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y A LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 187, 188, 189 y 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.

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

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

“1. Mi mandante MARTHA NUBIA GARCÍA GÓMEZ, Como Docente estatal fue merecedora (a) de una Pensión por Invalidez; prestación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Bogotá, por Resolución N°. 0036 del 08 de Enero de 2014.

(...)

4. Desde el nacimiento del Derecho e inclusión en nómina de pensionados de mi representado (a) MARTHA NUBIA GARCÍA GÓMEZ, esta entidad ha venido descontado injusta e ilegalmente de manera adicional para salud sobre la (s) mesada (s) de diciembre (Pagada en Noviembre), las cuales son denominadas mesadas adicionales (...)

5. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FIDUPREVISORA), obrando en calidad de Administradora de los Recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, efectúa los pagos agregados de Diciembre (está pagada en Noviembre) correspondientes a las mesadas generales y mesadas adicionales.

6. Que al momento de realizar los mencionados pagos de las mesadas ordinarias y adicionales la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FIDUPREVISORA S.A.), realiza un descuento del 24% sobre esta (s), es decir, 12% sobre la mesada normal u ordinaria y otro 12% de la mesada adicional por concepto de salud, realizándose Trece (13) descuentos en salud por Doce (12) meses de servicios requeridos al año.

7. Mediante petición respetuosa y debidamente individualizada y amparada en el Art. 23 del Canon Superior el día 14 de Abril de 2015, le solicité a la entidad demandada se reintegrará sendos descuentos ilegales realizados a la (s) mesada (s) de Diciembre (está pagada en Noviembre).

8. Que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FIDUPREVISORA S.A.), dio respuesta a la petición anterior, el oficio (sic) N°. 101040202 del 01 de junio de 2015, bajo el radicado 20150160413721, negándose el reintegro de dichos descuentos.

9. Que el OFICIO NUMERADO 101040202 con el radicado 20150160413721, trunca el agotamiento de la vía gubernativa, sin manifestación de recurso alguno.

(...).”

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58 de la Constitución Política.

De orden Legal: Ley 4/66 y su decreto reglamentario 1743/66, Ley 3135 de 1968, decreto 1848 de 1969, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Ley 1285 de 2009 y 1437 de 2011.

1.1.4 Concepto de violación.

La apoderada de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que abusó de su competencia discrecional, al efectuar descuentos del 12% por concepto de salud sobre la mesada adicional de diciembre. Sostiene que con el acto acusado se transgreden las normas de orden superior, por denegar sin fundamento legal ni constitucional, el reintegro de los descuentos del 12% efectuados sobre la mesada adicional de diciembre.

Finalmente, afirma que no existe normativa que faculte a la entidad a realizar los descuentos por concepto de salud, sobre las mesadas adicionales, en razón a que la Ley 71 de 1988 (art.8) sólo prevé los recursos que componen FONPREMAG, normativa que debe ser ajustada con las demás disposiciones legales que prohíben expresamente los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

En memorial visible a folios 27 a 35 del expediente, la apoderada de la Nación – Ministerio de Educación contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual adujo que los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de la demandante se encuentran debidamente ajustados a la norma (artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y artículo 5º numeral 8º de la Ley 91 de 1989). Preciso que los decantes tienen un régimen pensional especial respecto del cual no se puede hacer extensivas las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir

medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

La Fiduciaria la previsorora, no contestó la demanda, pese a haber sido debidamente notificada¹.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reitera los argumentos expuestos en la demanda e itera la petición de resolución favorable de sus pretensiones.

Parte demandada: Guardó silencio.

Ministerio Público: Guardó silencio.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *"La legalidad del Oficio N°. 20150160413721 de 01 de junio de 2015, proferido por la Directora de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduciaria la Previsorora, mediante la cual se niega la devolución de los descuentos efectuados en las mesadas adicionales de la pensión de invalidez que percibe la señora Martha Nubia García Gómez.*

Luego, el problema jurídico se contrae a determinar si a la señora Martha Nubia García Gómez le asiste derecho o no el derecho a que la entidad demandada le reconozca valores descontados en exceso por concepto de aportes a salud sobre

¹ Folios 24-26

las mesadas pensionales adicionales, y en consecuencia, se suspendan los mismos”.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

1. Que mediante Resolución 0036 de 08 de enero de 2014, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG –, le reconoció y ordenó el pago de la pensión de invalidez a la demandante, efectiva a partir de 11 de agosto de 2013 (folios 2-3).
2. En el artículo cuarto de la Resolución N°. 0036 de 08 de enero de 2014, se dispuso que la entidad encargada de efectuar el pago de la pensión debería practicar los descuentos por concepto de salud de conformidad con las leyes 238 de 1995, 91 de 1989, 1122 de 2007 y 1250 de 2008 (folio 3).
3. Que el día 14 de abril de 2015, la demandante solicitó de la Fiduprevisora y del Ministerio de Educación Nacional, respectivamente, la suspensión y devolución de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de diciembre por concepto de salud (folios 4 y 6).
4. Que mediante oficio N°. 2015-ER-062089 de 06 de mayo de 2015, la Asesora Secretaria General de la Unidad de Atención al Ciudadano del Ministerio de Educación Nacional, informó a la demandante, que su derecho de petición, había sido remitido a la Fiduciaria la Previsora S.A., al considerar que por ser la administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debía ser quien diera respuesta al requerimiento por ella elevado (folios 7-8).
5. Que por Oficio N°. 20150160413721 de 01 de junio de 2015, la Directora de Afiliaciones y Recaudo de la Fiduciaria la Previsora S.A., negó la devolución de los valores descontados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, y la suspensión de dichas deducciones (folio 5).
6. Que a folio 9 del expediente, obra comprobante de nómina y de pagos de la pensión que percibe la señora Martha Nubia García Gómez.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1. De los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales

Sea lo primero indicar que los docentes a pesar de ser servidores públicos con prerrogativas especiales en materia salarial y prestacional, no gozan de un régimen especial de pensiones, por lo tanto, el régimen aplicable para tal efecto es el de los servidores públicos.

Ahora bien, la Ley 4 de 1976, reguló la materia pensional de los sectores públicos, oficial, semioficial y privado, de la siguiente manera:

“ARTICULO 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.”

Y en su artículo séptimo, precisó que tales mesadas adicionales no serán objeto de descuento alguno.

“ARTICULO 7º.-La mensualidad adicional de que trata el artículo 5º de la Ley 4a. de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones.”

Asimismo la Ley 43 de 1984 (Art.5), dispuso la prohibición de descuentos sobre la mesada adicional de diciembre:

“ARTÍCULO 5º.- A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional”.

Las normas precitadas permiten inferir que no pueden hacerse deducciones o descuentos de la pensión de invalidez por concepto de aportes en salud respecto de la mesada adicional de diciembre.

Entonces, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, esta Ley estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate.

Es decir, sin excepción alguna, resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado.

Por su parte el Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, indica que las entidades pagadoras de pensiones efectuarán el reajuste establecido por la diferencia entre la cotización que venían pagando los pensionados y la nueva cotización, sin sobrepasar el 12%.

"ARTICULO 42. REAJUSTE PENSIONAL POR INCREMENTO DE APORTES EN SALUD. A

(...)

Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.

PARAGRAFO. Lo previsto en el presente artículo se entenderán sin perjuicio de que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reduzca la cotización en salud de los pensionados en relación con el número de beneficiarios, caso en el cual el reajuste de la mesada se hará por la diferencia entre lo que se venía cotizando y el valor señalado por el Consejo"

El Decreto 1073 de 2002, regula algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales como a continuación se transcribe:

"ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

(...)

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

PARÁGRAFO. De conformidad con los artículos 50 y 152 de la Ley 100 de 1993, los

descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.” (Negrita fuera de texto)

Posteriormente, el legislador, mediante la Ley 812 de 2003 (art. 4), dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-389/04 al referirse sobre la constitucionalidad de la referida norma, puntualizó:

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

De lo aquí expuesto, se concluye que a los docentes pensionados no se les puede efectuar descuentos respecto de la mesada adicional de diciembre, estando, por tanto, permitidos los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio; sin embargo, la sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1064 de 16 de diciembre de 1997, con ponencia del Dr. Augusto Trejos Jaramillo, manifestó que no son susceptibles de los descuentos por aportes en salud sobre las mesadas adicionales tanto de junio como de diciembre. En efecto, la mencionada corporación señaló:

“(…)

En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por

cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.

(...)"

De la precitada sentencia, se infiere que no se podrá efectuar descuentos por salud a las mesadas adicionales tanto de junio y diciembre.

Adicionalmente, en reciente pronunciamiento la misma Sala² ratificó esta postura al señalar que:

"Ahora bien, en cuanto a las cotizaciones, la ley 100 de 1993 establece en el Artículo 204 lo siguiente:

"Artículo 204.- Monto y distribución de las cotizaciones.-

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

Inciso segundo.- Inciso adicionado por el artículo 1º de la ley 1250 del 27 de noviembre de 2008.- La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, (la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008)"³.

Inciso segundo original de la ley 100/93.- Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995.(...)" (Resalta la Sala).

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero Ponente (E.): WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Bogotá D.C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010).- Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00009-00 (1.988). Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

³ La parte entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-430 de 2009, con efectos desde el 27 de noviembre de 2008.

En el punto que interesa a la consulta, se observa que el inciso adicionado por la ley 1250 de 2008 dispone que la cotización mensual de los pensionados es del 12% de la respectiva mesada pensional, con lo cual se advierte que esta cotización se descuenta de las mesadas pensionales ordinarias, esto es, las que se pagan por las mensualidades del año, no por la mensualidad adicional de diciembre o el pago adicional de junio.

En otras palabras, la cotización del 12% del mes de junio, por ejemplo, se toma "de la respectiva mesada pensional", como dice la norma, es decir, de la mesada de junio, de la mesada correspondiente a ese mes, no del pago adicional de junio, para el caso de los pensionados que dentro del régimen pensional analizado, tienen derecho a este pago.

Lo mismo sucede con la cotización de diciembre, ésta se descuenta sobre la mensualidad pensional ordinaria de diciembre, no sobre la mensualidad adicional que se paga en ese mes."

Atendiendo a lo aquí expuesto, se tiene que no es posible realizar descuentos del 12% para cotización en salud sobre las mesadas adicionales, pues por lado, y respecto de la mesada adicional de diciembre, existe norma expresa que prohíbe realizar dichas deducciones, y otra parte, sobre la mesada adicional de junio, la jurisprudencia ha indicado que no es acertado cotizar dos veces por el mismo mes.

3. Caso concreto

Analizado el marco jurídico aplicable corresponde al despacho entrar a pronunciarse respecto del caso en concreto atendiendo a los hechos demostrados en el proceso.

Se demostró en el proceso que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución N° 0036 de 08 de enero de 2014⁴, le reconoció a la señora Martha Nubia García una pensión mensual de invalidez, y en virtud de ello, la entidad demandada a través de la Fiduciaria la Previsora S.A., le efectuaba descuentos por concepto de aportes a salud, inclusive sobre las mesadas adicionales, según se evidencia en el extracto de pago visible a folio 9 del expediente.

De lo anterior, queda establecido que la entidad accionada realizó descuentos del 12% para aportes en salud de las mesadas pensionales adicionales de la actora, los cuales no podía efectuar por prohibición expresa de la norma que regula la materia.

⁴ Folios 2-3.

Por lo expuesto, se concluye que la entidad demandada violó las normas invocadas por la demandante al realizar unos descuentos no autorizados por la Ley, por lo que se ordenará el reintegro del porcentaje descontado, por la Fiduciaria la Previsora S.A. como administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para cotización en salud, de las mesadas adicionales de diciembre que percibe la señora MARTHA NUBIA GARCÍA GÓMEZ.

En consecuencia, al establecer de éste modo que no se debe realizar descuentos de la mesada adicional, para cotización en salud, como restablecimiento del derecho se dispondrá el reintegro del descuento del 12% de salud efectuado en las mesadas adicionales de diciembre, en consecuencia, se dispondrá la suspensión inmediata y hacia futuro de dicho descuento y la devolución de lo descontado por éste concepto.

Decisión.

Con base en lo anterior, se declarará la nulidad de la decisión adoptada por la entidad demandada, en el sentido de cobrar los aportes para salud sobre las mesadas adicionales y, en consecuencia, se dispondrá la devolución de lo descontado por éste concepto.

Prescripción:

Sea lo primero indicar que la prescripción es una sanción procesal a la inactividad de la parte interesada, respecto del reconocimiento del derecho pretendido.

Ahora bien, por regla general, las pensiones son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio; sin embargo, dicha figura procesal opera sobre **las mesadas pensionales o reliquidación de las mismas (en este caso sobre los descuentos efectuados sobre aquellas)**, que no se hubiesen reclamado en tiempo.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, sobre el fenómeno de la prescripción prevé lo siguiente:

*“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto **prescriben en***

tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

A su vez el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, respecto de la prescripción dispone:

"1 Artículo 102°.- Prescripción de acciones

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual. "

De acuerdo a lo precitado, la prescripción en el presente caso se interrumpió con la petición radicada ante el FOMAG por la parte actora el día **14 de abril de 2015**, lo que quiere decir, que a la luz de la norma transcrita, los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de diciembre con anterioridad al **14 de abril de 2012**, se encontrarían prescriptos; sin embargo, advierte el despacho que la pensión de vejez sobre la cual se aplicaron las mencionadas deducciones fue reconocida a partir del **11 de agosto de 2013**, razón por la cual no hay lugar a prescripción de derechos.

En cuanto a la aplicación de los ajustes de valor que se dispondrá, la entidad demandada deberá dar aplicación a la fórmula acogida por el H. Consejo de Estado, en los siguientes términos:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de este providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Condena en costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 C.P.A.C.A. establece que en todos los procesos, a excepción de aquellos en los que se ventile un interés público, el Juez condenará en costas. Lo anterior supone la imposición objetiva de las costas; sin embargo, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala, en sentencia de 16 de abril de 2015 proferida dentro del Proceso 25000 23 24 000 2012 00446 01, indicó que la expresión “Dispondrá” contenida en el referido artículo no hace referencia a la imposición de la condena en costas en forma objetiva, sino que se refiere a la facultad otorgada por ley al operador jurídico para pronunciarse sobre su procedencia en todos los casos en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales

Como quiera que el proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió la demanda que ahora se decide.

En ese orden de ideas, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, por ser la norma adjetiva actualmente vigente en materia de costas. Aunque en el numeral 1° de dicho precepto se establece en forma perentoria que:

“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, “Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”, condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.

Sin embargo, observa el Despacho que en el asunto *sub examine* no hay lugar a imponer una condena en costas en contra de entidad demandada, por el hecho de haber prosperado las pretensiones de la demanda, pues lo real y cierto es que en el cuaderno de instancia no aparece acreditada probatoriamente su causación y en tratándose de este tipo de procesos en los que interviene una entidad pública se encuentra de por medio del interés general y el patrimonio público, cuya protección se impone como interés público.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la NULIDAD del Oficio N°. 20150160413721 de 01 de junio de 2015, suscrito por la Directora de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduciaria La Previsora S.A., mediante el cual se le negó la devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, y la suspensión de las referidas deducciones a la señora MARTHA NUBIA GARCÍA HERNÁNDEZ PATIÑO, identificada con C.C. N°. 41.755.185 expedida en Bogotá.

SEGUNDO: ORDENAR al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – para que a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos de dicho fondo, REINTEGRE a la señora MARTHA NUBIA GARCÍA HERNÁNDEZ PATIÑO, identificada con C.C. N°. 41.755.185 expedida en Bogotá, los valores descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, **a partir del 11 de agosto de 2013**, de conformidad con los argumentos expresados en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –que a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos de dicho fondo, SUSPENDA los descuentos de salud realizados de las mesadas adicionales de diciembre, respecto de la pensión de invalidez que percibe la señora MARTHA NUBIA GARCÍA HERNÁNDEZ PATIÑO, identificada con C.C. N°. 41.755.185 expedida en Bogotá.

CUARTO: Las sumas aquí reconocidas en favor del señor la MARTHA NUBIA GARCÍA HERNÁNDEZ PATIÑO, identificada con C.C. N°. 41.755.185 expedida en Bogotá, deberán ser actualizadas de conformidad con la fórmula expuesta en la parte motiva del presente proveído, en consideración a lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Sin lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y reconocer intereses conforme al artículo 195 ibídem.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ELIÁN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez