REPUBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020).

Expediente : **11001-3342-046-2019-00325-00**
Demandante : **CLARA STELLA MORA ROJAS**
Demandado : **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTROS**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

La señora CLARA STELLA MORA ROJAS, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar 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 y Fiduprevisora S.A., para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.1-8).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad del oficio No. 20191070489731 de 12 de marzo de 2019, por medio del cual, se negó la suspensión y el reintegro de los descuentos del 12% por concepto de salud, sobre las mesadas adicionales.

A título de restablecimiento del derecho solicita *"…reintegre todos los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, descuentos efectuados desde la adquisición de su status jurídico de pensionado a*

la fecha, por tanto ordénese el retroactivo respectivo y ordénese a la demandada no continuar efectuando esta violación del derecho.

… a pagar a la demandante la totalidad de los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales, desde el ingreso a nómina de pensionados hasta la fecha.

… que sobre las diferencias adeudadas a mi demandante 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, como lo preceptúa el artículo 192 del CPACA.

… se ordene (…) dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 y 195 del CPACA.

Se condene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., obrando en calidad de administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, si esta no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA, pagar a favor de mi mandante los intereses moratorios, conforme lo ordena el artículo 195 y 192 del CPACA.

Se condene en costas…".

1.3 Hechos.

Relata que mediante Resolución No. 216 de 8 de febrero de 2008, le fue reconocida pensión de jubilación.

La Fiduprevisora S.A., ha descontado el 12% por concepto de salud, sobre la mesada adicional de diciembre.

La demandante solicitó de la Fiduprevisora S.A., el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre la mesada adicional de diciembre. Petición que fue denegada mediante oficio No. 20191070489731 de 12 de marzo de 2019.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 2, 4,13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58; Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Ley 4 de 1966, Decreto 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Sostiene que la entidad transgrede las normas de orden superior, por denegar sin fundamento legal ni constitucional, el reintegro de los descuentos del 12% efectuado sobre su mesada adicional. Aduce que la Fiduciaria efectuó dichos descuentos, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 91/89, sin tener presente, que la misma no es aplicable al caso.

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.

1.5. Contestación de la demanda.

SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL:

La Secretaría de Educación Distrital, contestó la demanda, pronunciándose frente a los hechos y oponiéndose a las pretensiones de la misma, al considerar que los educadores, por el hecho de ser beneficiarios de un régimen especial, se encuentran excluidos de los beneficios que se les aplica a los empleados pertenecientes al régimen general. Por tanto, no puede pretender la parte demandante, que le sea aplicado en forma parcial las disposiciones del régimen general, comoquiera que quienes se encuentran cobijados por un régimen especial, tienen la obligación de someterse plenamente al mismo.

Aduce que no existe norma alguna que en forma expresa prohíba los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes.

Finalmente concluye que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es una cuenta especial de la Nación, razón por la cual, no se puede predicar responsabilidad alguna por parte de la Secretaría de Educación Distrital *“pues para el efecto, el titular de la entidad actúa en virtud de una delegación realizada por el Ministerio de Educación Nacional y es así que sus actuaciones para el pago de las prestaciones sociales de los docente, se ciñe estrictamente a la delegación…”,* señalando que en el presente caso hay lugar a declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de su representada, por tanto, solicita sea declarada.

Contestación de la demanda **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.:**

Por su parte, el **FOMAG**, contestó la demanda pronunciándose frente a los hechos y oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que su representada se encontraba autorizada por la Ley 91 de 1989 para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara, inclusive, las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.

Concluye que: *"…se tiene que la ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al FOMAG y que hace parte de un 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."*

Propone la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva argumentando que la FIDUPREVISORA S.A., respecto del contrato de fiducia mercantil, actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, esto es, en cumplimiento de las obligaciones contractuales que se desprenden del contrato, *"por tal motivo se aclara que los recursos administrados provienen del fondo de prestaciones sociales del magisterio, que si bien es cierto, son recursos públicos, su disponibilidad depende y se condiciona a las instrucciones del fideicomitente, en este caso el Ministerio de Educación Nacional."*

1.6 Alegatos de conclusión

En virtud de lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 de 4 de junio de 2020, "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", que en su artículo 13 estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada[1], el

[1] "**Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo.** El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito. (…)"

despacho mediante proveído del 24 de julio de la presente anualidad, corrió traslado a las partes por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

Una vez vencido el término anterior, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

Parte actora: El apoderado de la parte actora, presentó sus alegatos de conclusión, dentro del término legal previsto para tal fin, realizó un estudio normativo y citó alguna jurisprudencia que considera puede ser tenida como referencia para el caso en concreto, reiterando los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda.

Parte demandada: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó sus alegatos de conclusión, dentro del término legal previsto para tal fin, realizó un estudio normativo y jurisprudencial sobre el tema objeto de debate, reiterando los argumentos de defensa expuestos en el escrito de contestación de la demanda, solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se plantea en el sentido de determinar si a la parte demandante, le asiste el derecho a que le sean suspendidos y devueltos los descuentos del 12% efectuados sobre la mesada adicional de diciembre por concepto de salud.

2.2 Hechos probados

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

- ✓ Mediante Resolución 9111 de 28 de noviembre de 2017, la entidad, reliquida la pensión de jubilación de la demandante (fs.10).

- ✓ El 28 de marzo de 2019, la demandante solicitó de la Fiduprevisora S.A., la suspensión y devolución de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales por concepto de salud (fs.11-12).

- ✓ Oficio No. 20191070489731 de 12 de marzo de 2019 por medio del cual, la Fiduprevisora S.A., resolvió de manera desfavorable la petición elevada por la actora (fs.14-15).

- ✓ Extractos de pago de la señora Clara Stella Mora Rojas (fs.16-18).

DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020[2], procede el despacho a pronunciarse respecto de las excepciones previas propuestas por las entidades y las que encuentre probadas.

Encuentra el despacho que en los escritos de contestación de la demanda, tanto la Secretaría de Educación Distrital como la Fiduciaria la Previsora S.A., propusieron la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual será resuelta de la siguiente manera.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, por tanto, quien tiene la representación judicial del Fondo, es el Ministerio de Educación Nacional.

Igualmente, advierte el Despacho que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4º y 5º de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá y pagará las prestaciones sociales del personal afiliado a este, razón por la cual, al recaer el presente proceso sobre la devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud, es dicha entidad la que debe

---

[2] **Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los articulas 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez. subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

garantizar su erogación, en el evento de resultar favorables las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, se tiene que la Fiduciaria La Previsora S.A., por ser la administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene el deber contractual, emanado del contrato de fiducia celebrado entre dicha entidad fiduciaria y el Ministerio de Educación, de pagar las condenas que eventualmente puedan llegar a imponerse al Fondo, por tanto, su vinculación resulta no solo ajustada a derecho, sino necesaria.

De otro lado se precisa, que si bien la Secretaría de Educación proyectó el acto administrativo por medio del cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación de la actora, las decisiones allí contenidas no corresponden al ejercicio de una atribución propia o autónoma, sino a una función desconcentrada, que cumple, por disposición de la ley y del reglamento, funciones que, en principio, son propias del Ministerio de Educación, pero que, se depositan en aquella, de manera que la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es un atributo del órgano central competente y no de la entidad territorial.

De lo anterior, se colige que la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva propuesta por la Fiduprevisora S.A., no está llamadas a prosperar, razón por la cual, será desestimada.

Y, respecto de la Secretaría de Educación Distrital, encuentra el despacho que dicha entidad no está legitimada en la causa por pasiva para actuar dentro de la presente acción, razón por la cual, la excepción propuesta tiene vocación de prosperar.

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

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 de jubilación, 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 7°. -**La mensualidad adicional de que trata el artículo 5° 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 jubilación 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, la misma Sala[3] 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 (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán*

en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

Inciso 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)"*[4].

[3] 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.

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

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

> *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 un lado, respecto de la mesada adicional de diciembre, existe norma expresa que prohíbe realizar dichas deducciones, y por otra parte, sobre la mesada adicional de junio, la jurisprudencia ha indicado que no es acertado cotizar dos veces por el mismo mes.

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.

De lo probado en el proceso, se tiene que a la demandante le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 216 de 8 de febrero de 2008[5], 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 la mesada adicional de diciembre, según se evidencia de los extractos de pago allegados al expediente[6].

[5] Según se desprende de la Resolución No. 9111 de 28 de noviembre de 2017 (fl.10)
[6] Folios 16-18

De lo anterior, queda establecido que la entidad accionada realizó descuentos del 12% para aportes en salud de la mesada adicional de diciembre de la demandante, los cuales no podía efectuar por prohibición expresa de la norma que regula la materia.

Por lo expuesto, se concluye que las entidades demandadas violaron las normas invocadas por la demandante al realizar unos descuentos no autorizados por la Ley, razón por la que el despacho considera que es procedente ordenar 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 la mesada adicional de diciembre de la pensión de jubilación de la demandante.

En consecuencia, al establecer de este modo que no existe autorización legal para realizar descuentos de las mesadas adicionales, con destino a cotización en salud, como restablecimiento del derecho se dispondrá el reintegro de las sumas descontadas por concepto del 12% de salud efectuado en la mesada adicional de diciembre, de la pensión de la accionante, toda vez que se realizó un doble descuento del 12% en este periodo.

Con base en lo anterior, se declarará la nulidad del acto acusado y, en consecuencia, se dispondrá la devolución y suspensión inmediata y hacia futuro de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre la mesada adicional de diciembre.

Prescripción

Comoquiera que el escrito mediante el cual la demandante solicitó el reintegro de las sumas correspondientes a los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales lo presentó el 28 de marzo de 2019, en aplicación de la prescripción trienal, regulada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969[7], se

[7] "**Artículo 102º.-** 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".

declarará probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias que resulten a favor de la demandante con anterioridad al 28 de marzo de 2016.

La entidad demandada, pagará a la demandante la diferencia entre la nueva liquidación y las sumas ajustadas teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”[8].

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado[9], en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

---

[8] Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(…)
4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.
(…)

[9] Expediente No, 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, 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.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “…en que haya controversia…” y “…sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho.[10]

[10] Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

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

FALLA

PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Secretaría de Educación Distrital, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO. DESESTIMAR la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Fiduprevisora S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. 20191070489731, por medio del cual, se le negó a la demandante la suspensión y devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre la mesada adicional de diciembre.

CUARTO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a:

a. **REINTEGRAR** los valores del 12% correspondiente a los descuentos de salud efectuados en la mesada adicional de diciembre, a la señora CLARA STELLA MORA ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía 41.559.604, desde el 28 de marzo de 2016 por haber operado el fenómeno de la prescripción.

b. **SUSPENDER** de manera inmediata y hacia futuro el descuento del 12% por concepto de aporte a la salud.

QUINTO. Las sumas que resulten de liquidar esta sentencia serán actualizadas en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. **DECLARASE** probada de oficio la excepción de prescripción de las diferencias adeudadas a favor de la demandante por concepto de los descuentos en salud con anterioridad al 28 de marzo de 2016, conforme a lo señalado en la parte motiva del fallo.

SÉPTIMO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

OCTAVO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

NOVENO. Ejecutoriada esta providencia por secretaría, archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que los hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez