

## REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Expediente : 11001-3342-046-2016-00645-00  
Demandante : MARCELA JIMENEZ CONTRERAS  
Demandado : NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A.

### 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 Marcela Jiménez Contreras, mediante apoderada, 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.17-28).

#### 1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad de la Resolución No. 6642 de 26 de septiembre de 2016, por medio de la cual se niega el reajuste de una pensión de jubilación.

Se declare la existencia del silencio administrativo negativo, respecto de la petición elevada por la demandante el día 27 de abril de 2016, por medio del cual se negó la suspensión y el reintegro de los descuentos del 12% por concepto de salud, sobre las mesadas adicionales.

Se declare la nulidad del acto ficto presunto configurado frente a la petición de 27 de abril de 2016, por medio del cual, 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 *"...revisión y ajuste de la pensión de jubilación, incluyendo los tiempos laborados al servicio de la Secretaría de Educación de Cundinamarca y Bogotá, liquidada con todos los factores salariales devengados por mi representado en el año anterior al estatus pensional.*

*Reintegro por los valores descontados en exceso para salud en la mesada adicional de cada año desde que se cause la pensión y hasta el momento de la sentencia.*

*Ordenar a las entidades demandadas suspender los descuentos por seguridad social sobre las mesadas pensionales adicionales de cada año que se cause a partir de la sentencia.*

*Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor de mi poderdante, el valor de los reajustes que se causen por los conceptos referidos en los numerales anteriores, desde el momento en que se le reconoció esta pensión, descontando lo que ya se haya cancelado.*

*Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de los reajustes solicitados de la pensión jubilación, referidos en los numerales anteriores (...)*

*Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011".*

### **1.3 Hechos.**

Relata que labora como docente al servicio del estado desde 1993 hasta la fecha.

Mediante Resolución 5473 de 29 de septiembre de 2015, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a la demandante.

Mediante derecho de petición de fecha 27 de junio de 2016 solicitó de la entidad demandada la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional y, la devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales. Petición que fue denegada mediante Resolución No. 6642 de 26 de septiembre de 2016.

Mediante petición de 27 de abril de 2016, solicitó ante la Fiduprevisora S.A., el reintegro y suspensión de los dineros descontados por concepto de salud. Petición que no fue contestada por la entidad.

#### **1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.**

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228; Leyes 57 y 153 de 1887, 91 de 1989, 33 y 62 de 1985, 4 de 1992, 812 de 2003, 100 de 1993 y Decreto 1073 de 2002.

Manifiesta que el acto administrativo demandado violó flagrantemente las normas referidas, porque está dejando de lado y desmejorando el derecho que los docentes tienen de que sus pensiones sean debidamente reconocidas y liquidadas. Concluye que la administración dejó de aplicar unas normas e interpretó erróneamente otras, por tal razón solicita se reliquide su pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio.

Afirma que la Ley 812/03 derogó tácitamente los descuentos en las mesadas adicionales, asegura que un doble descuento no autorizado e ilegal en las mesadas adicionales constituye un abuso y una violación a la ley. *“bajo ningún pretexto desde el punto de vista factico o de hecho, puede haber descuentos de 14 meses por año cuando son 12 meses de servicio y no siempre con adecuada cobertura y calidad, por cuanto los pensionados tienen que sufragar servicios privados o planes complementarios de salud”*. Razón por la cual, solicita se atiendan favorablemente las pretensiones de la demanda.

## **Contestación de la demanda**

La entidad demandada guardó silencio.

### **1.5 Audiencia inicial.**

El 9 de noviembre de 2017, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de pruebas, fijándose para la celebración de la misma, para el 1º de marzo de la presente anualidad, diligencia que se llevó a cabo y en la que se requirió a la entidad con el fin que aportara las pruebas solicitadas en auto de pruebas. Finalmente el 12 de julio de 2018 se cerró el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión dentro de los 10 días posteriores a la celebración de la referida diligencia.

### **1.7 Alegatos de conclusión**

**Parte actora:** Reitera los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda.

**Parte demandada:** Guardó silencio.

## **CONSIDERACIONES**

### **2.1 Problema jurídico**

El problema jurídico se planteó en el sentido de determinar si a la demandante le asiste el derecho a que se le reliquide la pensión vitalicia de jubilación, equivalente al 75% con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, conforme al régimen establecido en la Ley 33 de 1985. Y, si le asiste o no derecho a que le sean suspendidos y devueltos los descuentos del 12% efectuados sobre las mesadas adicionales 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 5473 de 29 de septiembre de 2015, se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a la demandante, efectiva a partir de 25 de mayo de 2015 (fs.2-3).
- ✓ Derecho de petición de fecha 27 de junio de 2016 radicado ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio del cual, la demandante solicitó la reliquidación de su pensión y la devolución y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales por concepto de salud (fs.6-7).
- ✓ Resolución No. 6642 de 26 de septiembre de 2016 por medio de la cual se niegan las peticiones elevadas por la actora (fs.8-9).
- ✓ Derecho de petición de fecha 27 de abril de 2016 radicado ante la Fiduprevisora S.A., por medio del cual se solicita la suspensión y devolución de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales por concepto de salud (fl.12).
- ✓ Extracto de pagos de las mesadas pensionales y de los descuentos que se efectuaron sobre dichas mesadas (fl.182).
- ✓ Certificado de factores salariales devengados por la demandante (fl.13).

## 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.

## 2.4 Del silencio administrativo negativo

Procede el Despacho a precisar si en el caso bajo estudio, operó el fenómeno del silencio administrativo respecto de la solicitud elevada por la señora Marcela Jiménez, el 27 de abril de 2016, ante la Fiduprevisora S.A.

Sea lo primero, aclarar que el silencio administrativo conlleva en sí mismo una manifestación negativa o positiva de voluntad de la administración, generada por la omisión de dar respuesta a las peticiones, por tanto, se trata de un verdadero acto administrativo al que se le ha denominado "acto ficto o presunto".

El artículo 83 del CPACA dispone:

*"ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*

*En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.*

*La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda."*

En el caso bajo estudio está demostrado que la parte actora radicó derecho de petición el día 27 de abril de 2016 (fl.12), ante la Fiduprevisora S.A., mediante el cual pretendió el reintegro del 12% de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, por tanto, y comoquiera que no obra en el expediente respuesta dada oportunamente por dicha entidad a la parte demandante, se considera que se configuró en su caso, el silencio administrativo negativo.

### **2.3.2. Del régimen prestacional para los docentes**

En cuanto al régimen pensional de los docentes, se debe precisar que el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, establecía que los docentes que prestaban sus servicios a entidades de orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal eran empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales pues tenían

la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5º), además podían gozar de la pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso pensión gracia y pensión de invalidez, sin embargo, esto no implica que cuenten con un régimen especial de pensiones de jubilación.

Las Leyes 91 de 1989, Ley 100 de 1993 (Art.279), Ley 60 de 1993 (Art.6) y Ley 115 de 1994, (Art.115), han mantenido estas prerrogativas a favor de los educadores, de donde se concluye que cuentan con aspectos preferenciales en materia salarial y prestacional.

No obstante, en materia de pensión ordinaria de jubilación están sometidos a las disposiciones generales porque no se ha establecido un régimen especial que, en razón a la actividad docente, les permita acceder a esta prestación en condiciones especiales respecto a edad, tiempo de servicio y monto de la mesada.

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado<sup>1</sup> en sentencia de 10 de septiembre de 2009, en la cual puntualizó:

"(...)

*Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.*

*Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria.*

(...)

*(Negrita del Despacho).*

De lo anterior, se concluye que los docentes a pesar de ser servidores públicos con prerrogativas especiales en materia salarial y prestacional, no gozan de un régimen

<sup>1</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

especial de pensiones de jubilación, por ello, se les aplica el régimen pensional de los servidores públicos, como lo señaló el Consejo de Estado, de tal manera, que se concluye que el régimen pensional de los docentes, dependerá de las circunstancias de vinculación del educador (territorial, nacional o nacionalizado) y el régimen pensional vigente al momento de consolidar el status.

Analizada la anterior normativa y bajo la observancia del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es imperioso concluir que la pensión de jubilación de los docentes nacionalizados está sometida a la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, toda vez que estas normas generales y ordinarias unificaron el régimen de pensión de jubilación de todos los servidores públicos del Estado, modificaron el régimen también ordinario del Decreto 3135 de 1968 en forma expresa y las disposiciones del Decreto 1045 de 1978; y con anterioridad no se había previsto régimen de pensiones especial para los docentes, distinto a la pensión gracia que no cubre a los docentes nacionales.

#### **Reliquidación Pensional – Ley 33 de 1985**

La Ley 33 de 1985, estableció el régimen general para el reconocimiento de la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, disponiendo lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...).”*

Se tiene entonces, que el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, consagra una excepción en cuanto a su aplicación, dirigida a quienes realizan actividades que por su naturaleza, justifican la aplicación de tal excepción, y a los que por ley gozan de un régimen pensional especial, que no es el caso que nos ocupa.

Por su parte, la Ley 62 de 1985, “Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”, respecto de la base de liquidación de la Pensión de Jubilación estableció lo siguiente:

*Artículo 1º. (...) Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.*

Como se deduce de la norma transcrita, ciertamente se enunciaron factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, pero dicha enumeración no puede considerarse taxativa, por cuanto en el inciso tercero se prevé la posibilidad de que dicha prestación sea liquidada sobre los factores que hayan servido de base para calcular aportes. Así las cosas, se concluye que el salario base para efectuar la liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación comprenderá no solo la asignación básica mensual sino también todos los demás factores que el trabajador percibió como consecuencia de su relación laboral durante el último año de servicio, pues lo contrario sería tanto como deferirle al empleador la posibilidad de establecer, a la postre, el quantum pensional de su empleado.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 4 de agosto de 2010<sup>2</sup>, unificó el criterio frente a la liquidación de las pensiones reconocidas bajo los parámetros de las Leyes 33 y 62 de 1985, indicando que no solo se tendrán en cuenta los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado aportes a seguridad social, sino todos los devengados por el trabajador durante su último año de prestación de servicios, en los siguientes términos:

*“...en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios (...) ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica. Como contraprestación directa por sus servicios.*

<sup>2</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, en sentencia de 4 de agosto de 2010, consejero ponente. doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila. expediente 2006-7509-01.

*independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salarios, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. (...).*

*Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación”.*

Además en la referida providencia se precisó que en estos casos la entidad deberá efectuar los descuentos referentes a aportes sobre aquellos factores salariales reconocidos por haber sido devengados, pero que no fueron sujetos a descuentos para seguridad social y que tal “omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional”.

A su vez el Consejo de Estado<sup>3</sup> en Sala de Consulta y Servicio Civil precisó lo siguiente:

*“... reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. (...) En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones”. (...) apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios”.*

Como se observa, para el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, las Leyes 33 y 62 de 1985 no indican en forma taxativa, sino

<sup>3</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069).

enunciativa, los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación de los servidores públicos, reiterando que lo señalado en esa normatividad es meramente enunciativo, y acudiendo para tal efecto a las previsiones del Decreto 1045 de 1978, dada la finalidad que persiguen dichas disposiciones, como es la de establecer la forma en que debe liquidarse tal prestación, atendiendo a principios, derechos y deberes de rango constitucional en materia laboral.

Del análisis normativo y jurisprudencial se concluye, que en la liquidación de las pensiones de los empleados públicos otorgadas conforme lo señalado en las Leyes 33 y 62 de 1985, se deberán tener en cuenta el promedio de todos los factores salariales que el demandante haya percibido durante el último año de prestación de servicios, razón por la cual, es procedente ordenar que se liquide nuevamente la pensión cuando no se han incluido los mencionados factores.

#### **2.3.4. De los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales**

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 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 5°.- 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, en reciente pronunciamiento la misma Sala<sup>4</sup> 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***

<sup>4</sup> 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.

*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 1° 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)***<sup>5</sup>.

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

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

<sup>5</sup> 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.

## CASO CONCRETO

- ✓ **Respecto de la pretensión de reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional**

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 encuentra probado dentro del expediente que la señora Marcela Jiménez Contreras obtuvo su estatus de pensionada el día 24 de mayo de 2015, fecha en la cual contó con la edad requerida y los años de prestación de servicios. Así mismo, se observa que la demandante se vinculó al servicio oficial educativo con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que, de acuerdo con lo señalado en la Ley 91 de 1989, tiene derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Por lo anterior, mediante Resolución No. 5473 de 29 de septiembre de 2015 (fs.2-3), la entidad, le reconoció a la demandante la pensión vitalicia de jubilación. No obstante, para liquidar dicha pensión, la entidad no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional, comoquiera que sólo tomó como base para dicha liquidación, su asignación básica mensual y la prima de vacaciones, lo que, de conformidad con lo manifestado por la jurisprudencia del Consejo de Estado referenciada en la parte considerativa, constituye desconocimiento de las normas en que debía fundarse la demandada para expedir el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante.

Ahora bien, de conformidad con los demás elementos probatorios, se observa que, en el año anterior a la adquisición del status de pensionada (24 de mayo de 2014 a 23 de mayo de 2015), además de la asignación básica y prima de vacaciones, tenidos en cuenta por la entidad demandada, la demandante devengó la prima especial, prima de servicios y prima de navidad (fl.13), todo lo cual debe incluirse en la liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación.

Así las cosas, al establecerse que la entidad demandada no aplicó en su integridad el "Régimen Pensional de Empleados Públicos – Ley 33 de 1985", porque no incluyó la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, se ha desvirtuado la presunción de legalidad que amparaba la Resolución 6642 de 26 de septiembre de 2016, en consecuencia el despacho accederá a las pretensiones de la demanda y declarará la nulidad del acto acusado.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad accionada reliquidar la pensión de jubilación de la demandante aplicando en su integridad el Régimen Pensional de Empleados Públicos – Ley 33 de 1985, incluyendo todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada.

Se precisa en cuanto a los factores salariales de "*prima de servicios, prima de vacaciones y prima de Navidad*", el Despacho acoge la tesis del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia del 13 de mayo de 2011, radicación No.11001- 701 – 2009 -00058 -01 Magistrada ponente Dra. Amparo Oviedo Pinto, en la que establece lo siguiente:

*"(...) y precisando que la prima de navidad y prima de vacaciones debe incluirse en su doceava parte, comoquiera que se causan anualmente y cuando la norma habla del promedio devengado, se refiere al salario mensual (...)"*

De otra parte, es menester señalar que el despacho no encuentra prueba alguna de que los factores salariales sobre los que se ordenó reliquidar la pensión, se efectuaron los aportes pensionales, motivo por el cual deberá la entidad accionada en el evento de no haberlo hecho, al momento de efectuar la reliquidación respectiva, realizará el descuento sobre los factores salariales que se ordenan reconocer mediante esta providencia.

En relación con las deducciones, ha sostenido el Consejo de Estado:

*"A pesar de que la certificación de salarios devengados expedida por la Subdirección Financiera - División de Pagaduría - del Ministerio de Transporte precisa que se hicieron los descuentos a la Caja Nacional de Previsión Social, en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes<sup>6</sup>".*

<sup>6</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 29 de mayo de 2003. rad: 2009-2990-01(4471-02).

A su vez, la mencionada Corporación<sup>7</sup>, en lo concerniente a la naturaleza y prescripción de los aportes a la seguridad social, dispuso:

*"Pues bien, sobre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social y su destinación específica conforme al artículo 48 de la Constitución Política, en términos de la Corte Constitucional, tales recursos son indispensables para el funcionamiento del sistema de seguridad social, y en esta medida están todos articulados para la consecución del fin propuesto por el Constituyente. Los mismos provienen básicamente de las cotizaciones de sus afiliados, establecidas por el Estado en ejercicio de su potestad impositiva.*

*En consecuencia, (...) estos aportes a la Seguridad Social sí son contribuciones parafiscales<sup>8</sup>, por lo que para su cobro se debe aplicar el Estatuto Tributario, conforme al artículo 54 de la Ley 383 de 1997, según el cual, "las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el libro quinto del estatuto tributario nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993". Como dentro de estas contribuciones se cuentan aquellas en favor del ISS, debe acudirse a las normas que regulan el procedimiento tributario y no a las normas laborales, como lo pretende el actor.*

*(...)*

*De acuerdo con lo anterior, la prescripción para el cobro de los aportes patronales opera en 5 años y como los valores u obligaciones fueron determinadas en la Liquidación Certificada de la Deuda, título ejecutivo, se analizará el siguiente cargo sobre su validez, para establecer cuándo fue su ejecutoria y el inicio del término de prescripción."*

*(Subraya y Negrita por el Despacho)*

Igualmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>9</sup> en un reciente pronunciamiento señaló:

*"Así las cosas, como los aportes a la seguridad social constituyen una contribución parafiscal, se impone aplicar lo establecido en el artículo 817 del Estatuto Tributario, el cual establece que la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de cinco (5) años. Preciado lo anterior, se tiene que, en el sub examine el accionante se retiró del servicio a partir del 1º de julio de 1993, por lo tanto, la prescripción de los aportes para pensión frente a los factores que se ordena incluir en este proveído, opera respecto de los aportes anteriores a los últimos cinco (5) años de servicio, es decir, que sólo se deben*

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Dra. Ligia López Díaz. Sentencia del 26 de marzo de 2009, Rad. No.: 25000-23-27-000-2002-00422-01-16257 Actor: Banco de Bogotá, Demandado: Instituto de los Seguros Sociales

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C-577 de 1995. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 3 de julio de 2003, exp. 13263, C. P. doctora Ligia López Díaz.

<sup>9</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", sentencia de 3 de agosto de 2017. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra. Exp. (2016-00124). Actor: Eudoro Briñez Orjuela, Demandado: UGPP

*descontar los aportes por el período comprendido entre el 30 de junio de 1988 y el 30 de junio de 1993, los cuales deberán ser indexados conforme a la fórmula establecida por el H. Consejo de Estado”.*

Con base en lo anterior se tiene que los aportes a la seguridad social constituyen una contribución parafiscal, por lo tanto, sobre estos recae la prescripción prevista en el artículo 817 del Estatuto Tributario<sup>10</sup> que a su tenor literal dispone:

**“ARTÍCULO 817. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO.** *Artículo modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:— La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:*

- 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.*
- 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.*
- 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.*
- 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.*

*La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, o de los servidores públicos de la respectiva administración en quien estos deleguen dicha facultad y será decretada de oficio o a petición de parte.*

*(Subraya y Negrita por el Despacho)*

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, la accionante adquirió su status pensional el 24 de mayo de 2015, por lo tanto, la prescripción de los aportes para pensión frente a los factores que se ordenan incluir en la presente providencia, opera respecto de los aportes anteriores a los cinco (5) años de adquisición del status pensional, es decir, que sólo se deben descontar los aportes por el período comprendido entre el 23 de mayo de 2010 y el 24 de mayo de 2015, los cuales deberán ser debidamente indexados.

## **Prescripción**

<sup>10</sup> Decreto 624 de 1989 "por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales"

A pesar de que el derecho al reajuste de las mesadas pensionales, no prescribe, no ocurre lo mismo con el pago de la diferencia de valor de dichas mesadas, a las cuales les aplica la regla general de prescripción trienal de los derechos laborales.

Comoquiera que la pensión de jubilación de la actora le fue reconocida mediante Resolución No. 5473 de 29 de septiembre de 2015, y la reclamación administrativa se radicó ante la entidad el 27 de junio de 2016, no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

✓ **Respecto de la pretensión de suspensión y reintegro de los descuentos del 12% sobre la mesada adicional por concepto de salud.**

De lo demostrado en el proceso, se tiene que a la accionante le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 5473 de 29 de septiembre de 2015, 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 del extracto de pagos allegado al expediente<sup>11</sup>.

De lo anterior, queda establecido que la entidad accionada realizó descuentos del 12% para aportes en salud de la mesada adicional 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 considerará 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 actora.

En consecuencia, al establecer de éste 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

---

<sup>11</sup> Folio 182

diciembre, de la pensión de la accionante, toda vez que se realizó un doble descuento del 12% en este periodo.

En este entendido, el despacho procederá a declarar la nulidad del acto ficto o presunto derivado de la petición de fecha 27 de abril de 2016, por medio del cual se le negó a la parte actora la devolución de los descuentos del 12% por salud sobre la mesada adicional y, en consecuencia, se dispondrá la suspensión inmediata y hacia futuro de dicho descuento y la devolución de lo descontado por éste concepto.

**Prescripción**

Comoquiera que la pensión de jubilación de la actora le fue reconocida mediante Resolución No. 5473 de 29 de septiembre de 2015, y la reclamación administrativa se radicó ante la entidad el 27 de abril de 2016, no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción.

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 acusación 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"<sup>12</sup>.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>13</sup>, 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.

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

---

<sup>12</sup> 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 obediencia 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 aquellas 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.

(...)

<sup>13</sup> Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez. Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

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, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.<sup>14</sup>

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** configurada la existencia del silencio administrativo, respecto de la petición presentada, por la señora Marcela Jiménez Contreras, ante la Fiduciaria la Previsora S.A., el día 27 de abril de 2016.

**SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD** del acto ficto derivado de la omisión de respuesta a la petición elevada por la señora Marcela Jiménez Contreras, ante la Fiduciaria la Previsora S.A., el día 27 de abril de 2016, que negó la suspensión y devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre la mesada adicional.

**TERCERO. DECLARAR LA NULIDAD** de la Resolución No. 6642 de 26 de septiembre de 2016 por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora.

**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:

<sup>14</sup> 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

- a. **Efectuar una nueva liquidación** de la pensión de jubilación que percibe la señora MARCELA JIMÉNEZ CONTRERAS, identificada con la Cédula de Ciudadanía 51.565.024, con el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada a saber: Sueldo, Prima Especial, doceava parte de la Prima de Servicios, doceava parte de la Prima de Vacaciones y doceava parte de la Prima de Navidad de conformidad con lo señalado en la parte motiva.
- b. **PÁGUESE** a la señora MARCELA JIMÉNEZ CONTRERAS, las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del 25 de mayo de 2015.
- c. Descontar los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado deducción legal en la parte que corresponda al trabajador, durante los cinco (5) anteriores a la adquisición del status pensional, esto es, por el período comprendido entre el 23 de mayo de 2010 y el 24 de mayo de 2015.
- d. **REINTEGRAR** los valores del 12% correspondiente a los descuentos de salud efectuados en la mesada adicional de diciembre, a la señora MARCELA JIMÉNEZ CONTRERAS, desde el 25 de mayo de 2015.
- e. **SUSPENDER** de manera inmediata y hacia futuro el descuento del 12% por concepto de aporte a la salud.
- f. Las sumas que resulten de liquidar esta sentencia serán actualizadas de conformidad con la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

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

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

**SÉPTIMO.** 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