REPUBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°.:	**11001-33-42-046-2016-00664-00**
DEMANDANTE:	**MARINA SÁNCHEZ AGUILAR**
DEMANDADO:	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – y OTRA**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

ASUNTO

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

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora MARINA SÁNCHEZ AGUILAR, identificada con C.C. N°. 41.502.753 expedida en Bogotá D.C., a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG –, y la FIDUCIARIA LA PREVISORA -FIDUPREVISORA-, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

"1. Se declare Existencia del Silencio Administrativo Negativo, en relación con el Derecho de Petición radicado el 12 de enero de 2016, ante la Secretaría de BOGOTÁ – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que mi mandante, solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de la Mesada adicional de diciembre.

2. Se declare la nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto citado en el numeral anterior.

3. Como consecuencia de la anterior NULIDAD y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que le ordene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (en calidad de administradora de sus recursos) el reintegro de todos los descuentos del 12% REALIZADOS, CON DESTINO A SALUD, SOBRE LA MESADA ADICIONAL DE DICIEMBRE, desde la adquisición de su status jurídico de pensionado (a), esto es, el 24 de mayo de 2006 hasta la fecha, y a SUSPENDER los descuentos en mención.

4. CONDENAR a la demandada al pago en forma INDEXADA, del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha de status jurídico, aplicando para tal fin la variación del índice de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E.

5. Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que como resultado se profiera en el presente proceso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, e igualmente reconozca los intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, tal como lo establece el artículo 192 ibídem.

6. CONDENAR a la demandada a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011, realice el pago con el interés moratorio a la tasa comercial.

7. Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del Art. 188 de la Ley 1437 de 2011.".

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

"1. Mi poderdante laboró como docente para la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2. Mi mandante adquirió el status el 23 de mayo de 2006 y le fue reconocida Pensión de Jubilación mediante Resolución N°. 44041 del 05 de octubre de 2006 expedida por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en cuantía de $1.411.991 con efectividad a partir del 24 de mayo de 2006,, según Artículo PRIMERO del resuelve.

3. En consecuencia del hecho precedente, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, asumió el descuento y pago de las deducciones en salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, pero desde el nacimiento del Derecho e inclusión en nómina de mi representado (a); ésta entidad ha venido descontando el 12% para la salud de la mesada de Diciembre (pagada esta última en noviembre), la cual es denominada mesada adicional.

4. Mi mandante recibe Trece (13) Mesadas al año, y sobre las mismas le aplican los descuentos con destino a salud del 12% cuando debiera ser por Doce (12) meses de servicio al año.

5. LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, efectúa DESCUENTOS en los pagos de junio y diciembre y en mesadas otorgadas de manera adicional en los mismos periodos, descontando así un valor correspondiente al 24%, SOBREPASANDO lo dispuesto por la Ley.

6. Mediante petición radicada el día 12 de enero de 2016, solicité ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizado con destino a salud sobre la mesada adicional de diciembre.

7. A la fecha, la Entidad requerida no ha dado respuesta de Fondo a la Petición radicada".

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 12, 4, 13, 25, 29, 48 Inciso Final, 49 en especial, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política.

De orden Legal: Código Civil artículo 10, Ley 4 de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743/66, Ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 91 de 1989, Decreto 1073 de 2003, Ley 1250 de 2008 y Ley 812 de 2003; artículo 81.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante, considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse de acuerdo a las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- El artículo 8 de la Ley 91 de 1989 posibilita la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales. No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementó la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, pues los obliga, a partir de su vigencia, a asumir en su totalidad la

cotización del 12% toda vez que la norma remite a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

- En el presente asunto resulta aplicable lo señalado en el parágrafo del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, al establecer que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos, no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

- Desde el punto de vista fáctico no puede haber descuentos de 14 meses cuando son 12 meses de servicio.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag –, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual adujo que los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de la demandante se encuentran debidamente ajustados a la norma (artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y artículo 5º numeral 8º de la Ley 91 de 1989). Precisó que los decentes tienen un régimen pensional especial respecto del cual no se puede hacer extensivas las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993.

Por su parte, la Fiduciaria La Previsora guardó silencio en esta etapa procesal.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.3. Audiencia de pruebas.

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente, y decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, se dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Fueron presentados en forma escrita, así:

Parte demandante: En memorial visible a folio 265 del expediente, el apoderado de la parte demandante, de manera sucinta, reiteró los argumentos de derecho contenidos en la contestación de la demanda.

La **parte demandada** y el **Agente del Ministerio Público** guardaron silencio.

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

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer "*Si en el caso sub examine operó el fenómeno del silencio administrativo negativo respecto de la petición elevada por la demandante, el día 12 de enero de 2016, ante el Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.*

Dilucidado lo anterior, el Despacho entrará a establecer si a la señora Marina Sánchez Aguilar le asiste derecho o no el derecho a que la entidad demandada le reconozca valores descontados en exceso por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales adicionales, y en consecuencia, se suspendan los mismos".

2.2 Hechos probados

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

1. Mediante resolución Nº. 4041 del 05 de octubre de 2006, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a la señora Marina Sánchez Aguilar, una pensión de jubilación, a partir del 24 de mayo de 2016 (folios 4-6).

2. En el artículo segundo de la Resolución Nº. 4041 del 05 de octubre de 2006, se dispuso que la entidad encargada de efectuar los descuentos de ley (folio 5).

3. El día 12 de enero de 2016, la señora Marina Sánchez Aguilar presentó derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Bogotá, en el cual solicitó el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales y la suspensión de los mismos (folios 7-8).

4. A folios 255 - 258 del expediente, obran comprobantes de nómina y de pagos de la pensión que percibe la señora Marina Sánchez Aguilar.

2.3 Marco Normativo.

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

2.3.1. 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 Marina Sánchez Aguilar, el día 12 de enero de 2016, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – Bogotá.

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 12 de enero de 2016 (folios 7-8), ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – Secretaría de Educación de Bogotá, a través del cual se pretendió el reintegro de los aportes pensionales descontados sobre las mesadas adicionales y la suspensión de los mismos, por tanto, y como quiera que no obra en el expediente respuesta de fondo dada oportunamente por dicha entidad al demandante o por la Fiduciaria La Previsora S.A., se considera que si se configuró en su caso, el silencio administrativo.

Aclarado lo anterior procede, el Despacho a establecer si el acto ficto negativo proferido por el Fondo de Prestaciones del Magisterio de Bogotá D.C, está incurso en causal de nulidad que amerite su declaratoria, y en tal sentido, ordenar las condenas solicitadas como restablecimiento del derecho.

2.3.2. De los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales

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

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

"ARTICULO 5o. Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión."

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

"ARTICULO 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.
(...)
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[1] 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 1° de la ley 1250 del 27 de noviembre de 2008.-*** *La cotización* ***mensual*** *al régimen*

[1] Consejo de Estado, Sal 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 Educación Nacional.

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)"*[2].

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

3. Caso concreto

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

Se demostró en el proceso que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución N° 4041 del 05 de octubre de 2006[3], le reconoció a la señora Marina Sánchez Aguilar una pensión mensual de jubilación, 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 en el extracto de pago visible a folios 256-258 del expediente.

---

[2] 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.
[3] Folios 4-6.

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

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

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

Decisión.

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

Prescripción:

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

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

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

> *"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto* ***prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible.*** *El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."*

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

> *"**Artículo 102°.-** Prescripción de acciones.*
>
> *1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
>
> *2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."*

De acuerdo a lo precitado, la prescripción en el presente caso se interrumpió con la petición radicada ante el FOMAG por la parte actora el día **12 de enero de 2016**, razón por la cual, los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de diciembre con anterioridad al **12 de enero de 2013**, se encuentran prescritos.

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

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

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

Condena en costas

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 que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*".

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 de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones[4] la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a

---

[4] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: MANUEL WADIS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

* SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: TERESA ELENA SÁNCHEZ BERMÚDEZ. Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).

* SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: ANA ORFILIA PALACIOS DE MOSQUERA. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).

* SECCION CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: COOPERATIVA DE CONSUMO. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho a la defesa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la existencia del silencio administrativo negativo, respecto de la petición presentada, a través de apoderado, por la señora MARINA SÁNCHEZ AGUILAR, identificada con C.C. N°. 41.502.753 expedida en Bogotá D.C., ante el Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día **12 de enero de 2016**.

SEGUNDO: DECLARAR la **NULIDAD** del silencio administrativo negativo, derivado de la omisión de respuesta a la petición presentada por la señora MARINA SÁNCHEZ AGUILAR, identificada con C.C. N°. 41.502.753 expedida en Bogotá D.C., ante el Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 12 de enero de 2016, mediante el cual se le negó la devolución de los descuentos efectuados por

concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, y la suspensión de las referidas deducciones.

TERCERO: ORDENAR al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – para que a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos de dicho fondo, REINTEGRE a la señora MARINA SÁNCHEZ AGUILAR, identificada con C.C. N°. 41.502.753 expedida en Bogotá D.C., a partir del **12 de enero de 2013**, por prescripción trienal, los valores descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, de conformidad con los argumentos expresados en esta providencia.

CUARTO: ORDENAR al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –que a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos de dicho fondo, SUSPENDA los descuentos de salud realizados de las mesadas adicionales diciembre, respecto de la pensión de jubilación que percibe la señora MARINA SÁNCHEZ AGUILAR, identificada con C.C. N°. 41.502.753 expedida en Bogotá D.C.

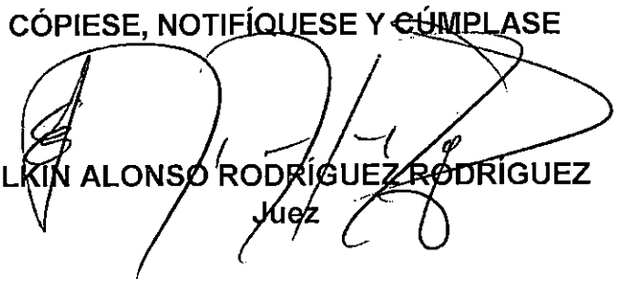
QUINTO: Las sumas aquí reconocidas en favor de la señora MARINA SÁNCHEZ AGUILAR, identificada con C.C. N°. 41.502.753 expedida en Bogotá D.C., deberán ser actualizadas de conformidad con la fórmula expuesta en la parte motiva del presente proveído, en consideración a lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez