

71

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Expediente : 11001-3342-046-2017-00125-00
Demandante : MARIELA CORTES MARTINEZ
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 Mariela Cortes Martínez, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A., para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.9-16).

1.2 Pretensiones.

Se declare la existencia del acto ficto o presunto, configurado por el silencio administrativo, respecto de la petición radicada ante la Secretaría de Educación de Soacha – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 20 de diciembre de 2016.

Se declare la nulidad del acto ficto presunto, 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 "... se condene a la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que le ordene a la FIDUPREVISORA S.A. 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, esto es, el 17 de abril de 2014 hasta la fecha, y a suspender los descuentos en mención.

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 DANE.

Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo (...)

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 los intereses moratorios a la tasa comercial.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso (...).

1.3 Hechos.

Relata que mediante Resolución No. 2281 de 31 de octubre de 2014, le fue reconocida pensión de jubilación.

"La Fiduprevisora S.A., asumió el pago de mesadas y descuentos de ley tales como el de salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, pero desde el nacimiento del derecho e inclusión en nómina de pensionados del demandante, la entidad ha venido descontado injusta e ilegalmente el 12% para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre."

Que el 20 de diciembre de 2016, el demandante solicitó de la entidad, el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre la mesada adicional de diciembre. Petición que no fue resuelta por la entidad.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58; Ley 4/66 y su decreto reglamentario 1743/66, Ley 3135 de 1968, decreto 1848 de 1969, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y Ley 1250 de 2008.

Manifiesta que la entidad demandada, abusó de su competencia discrecional, al efectuar descuentos del 12% por concepto de salud sobre la mesada adicional de diciembre. Sostiene que con el acto acusado se transgreden las normas de orden superior, por denegar sin fundamento legal ni constitucional, el reintegro de los descuentos del 12% efectuados sobre la mesada adicional de diciembre. Aduce que la Fiduciaria efectuó dichos descuentos, con fundamento en el artículo 8° de la Ley 91/89, sin tener presente, que la misma no es aplicable al caso.

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

Contestación de la demanda.

Tanto el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como la Fiduprevisora S.A., guardaron silencio.

1.5 Audiencia inicial.

El 12 de abril de 2018, 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, una vez recaudado el material probatorio en su totalidad, mediante audiencia de pruebas de 31 de agosto de 2018, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se concedió el término de diez días para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

1.7 Alegatos de conclusión

Parte actora: Reiteró 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 o no derecho a que le sean suspendidos y devueltos los descuentos del 12% efectuados sobre la mesada adicional de diciembre por concepto de salud.

2.2 Hechos probados

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

- ✓ Mediante Resolución 2281 de 31 de octubre de 2014, se le reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a la demandante, efectiva a partir del 17 de abril de 2014 (fs.4-5).
- ✓ Que el 20 de diciembre de 2016, la demandante solicitó de la Secretaría de Educación de Soacha – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suspensión y devolución de los descuentos efectuados sobre la mesada adicional de diciembre por concepto de salud (fl.6-7).
- ✓ Extracto de pagos desde 16 de abril de 2014 hasta 31 de julio de 2018 (fl.64).

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.

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 demandante, el 20 de diciembre de 2016, ante la Secretaría de Educación de Soacha – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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 20 de diciembre de 2016 (fs.6-7), ante la Secretaría de Educación de Soacha – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual pretendió la suspensión y devolución de los descuentos del 12% por concepto de salud, por tanto, y comoquiera que no obra en el expediente respuesta dada oportunamente por dicha entidad a la demandante, se considera que se configuró en su caso, el silencio administrativo negativo.

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

2.3.1. De los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales

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

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

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

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

“ARTICULO 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, la misma Sala¹ ratificó esta postura al señalar que:

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

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

Inciso primero, modificado por el artículo 10 de la ley 1122 de 2007.- La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán

en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en

¹ 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.

pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

Inciso segundo.- Inciso adicionado por el artículo 1º de la ley 1250 del 27 de noviembre de 2008.- La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, (la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008) ”².

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

² 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.

De lo demostrado en el proceso, se tiene que a la demandante le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 2281 de 31 de octubre de 2014, 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 expediente³.

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

Por lo expuesto, se concluye que las entidades demandadas violaron las normas invocadas por la demandante al realizar unos descuentos no autorizados por la Ley, razón por la que el despacho considera que es procedente ordenar el reintegro del porcentaje descontado, por la Fiduciaria la Previsora S.A. como administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para cotización en salud, de la mesada adicional de 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 diciembre, de la pensión de la accionante, toda vez que se realizó un doble descuento del 12% en este periodo.

Con base en lo anterior, se declarará la nulidad del acto ficto presunto proferido por la entidad demandada, en el sentido de cobrar los aportes para salud sobre la mesada adicional de diciembre y, en consecuencia, se dispondrá la suspensión inmediata y hacia futuro de dicho descuento y la devolución de lo descontado por éste concepto.

Prescripción

³ Folio 64

Comoquiera que la pensión de jubilación le fue reconocida el 31 de octubre de 2014 y el escrito mediante el cual la demandante solicitó el reintegro de las sumas correspondientes a los descuentos realizados por concepto de salud sobre la mesada adicional lo presentó el 20 de diciembre de 2016, se observa que 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 causación de cada uno de ellos.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso"⁴.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del

⁴ 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 aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

Consejo de Estado⁵, 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 del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

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

⁵ Expediente No, 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.⁶

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 Mariela Cortes Martínez, ante la Secretaría de Educación de Soacha – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 20 de diciembre de 2016.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto derivado de la omisión de respuesta a la petición elevada por la señora Mariela Cortes Martínez, ante la Secretaría de Educación de Soacha – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 20 de diciembre de 2016, por medio del cual, se le negó la suspensión y devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre la mesada adicional de diciembre.

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

- a. **REINTEGRAR** los valores del 12% correspondiente a los descuentos de salud efectuados en la mesada adicional de diciembre, a la señora MARIELA CORTES MARTÍNEZ, identificada con cédula de ciudadanía 20.632.315, desde el 17 de abril de 2014.

⁶ 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

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

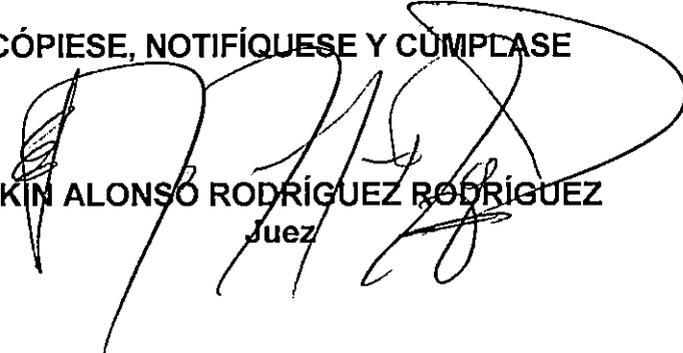
CUARTO. Las sumas que resulten de liquidar esta sentencia serán actualizadas en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

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 secretaria, archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que los hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez