



**JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Expediente No.	11001333501420160018000
Demandante	GLORIA ESTELA RUSSI RUSSI
Demandado	NACIÓN —MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL — FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Cumplida la ritualidad procesal prevista en los artículos 179, 180 y 182 del C.P.A.C.A., el Despacho procederá a dictar Sentencia, dentro de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** de carácter laboral, promovida por la señora **GLORIA ESTELA RUSSI RUSSI** contra la **NACIÓN — MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL — FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, de conformidad con los fundamentos que a continuación se pasan a exponer:

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

1.1 Las pretensiones de la demanda **en resumen son las siguientes** (fls. 12 a 13):

1.1.1 Que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto negativo originado en la falta de respuesta a la petición radicada el 27 de noviembre de 2014, en la cual solicitó la suspensión y devolución en los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

1.1.2 Que a título de restablecimiento del derecho se condene a FONPREMAG para que le ordene a la FIDUPREVISORA, el reintegro de los descuentos del 12% realizados con destino a salud sobre la mesada pensional adicional de diciembre, desde que adquirió el status de pensionada y, la suspensión de dichos descuentos.

1.1.3 Que la demandada cumpla la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.



1.1.4 Que se reconozcan los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

1.2 De acuerdo con la fijación del litigio realizada en audiencia y el material probatorio arrimado al expediente, se encuentran probados los siguientes **hechos** relevantes:

1.2.1 Mediante Resolución No. 00324 de 18 de febrero de 2005, la Nación — Ministerio de Educación Nacional —Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció pensión de invalidez, a la señora Gloria Estela Russi Russi, efectiva a partir del 16 de noviembre de 2004 (fls. 7 a 8).

1.2.2 El 27 de noviembre de 2014 la demandante —a través de apoderado— solicitó al Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reintegro de los descuentos por salud en las mesadas pensionales adicionales de cada año, desde que adquirió el derecho y la suspensión de dicho descuento (fl. 6).

1.2.3 En el expediente no obra prueba que demuestre que la anterior petición fue resuelta ni por el FONPREMAG.

1.2.4 A folios 73 a 75 reposa extracto de pagos, expedido por la Fiduprevisora, en el que consta que sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la demandante se le están efectuando descuentos para pensión.

2. Contestación de la demanda.

2.1. La Nación —Ministerio de Educación Nacional —Fonpremag- contestó la demanda en tiempo (fls. 51 a 54) e indicó que el Ministerio de Educación Nacional y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no están encargados de reconocer las prestaciones pensionales de los docentes, pues dicha facultad recae en las Secretaría de Educación de las entidades territoriales, en virtud de la descentralización del sector educativo, quienes elaboran y remiten el proyecto de acto administrativo de reconocimiento a la Fiduprevisora para que efectúe el pago, puesto que es la entidad encargada de la administración de los recursos del Fonpremag.

2.2. La Fiduciaria La Previsora S.A. también manifestó oposición a las pretensiones de la demanda y sostuvo que frente a esa entidad existe falta de



legitimación en la causa por pasiva, puesto que la llamada a responder por todo lo relacionado con el reconocimiento de prestaciones de los docentes afiliados al Fonpremag es la secretaría de educación de la entidad territorial a cuya planta perteneció el docente (fls. 39 a 42).

3. Audiencia inicial.

El 18 de julio de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial con presencia de las partes y del Ministerio Público, en esa oportunidad además de resolver sobre saneamiento, fijación de litigio, conciliación, medidas cautelares y se decretaron pruebas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 179 y 180 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 65 a 67 y CD fl. 69).

4. Alegatos de conclusión por escrito.

4.1. La parte demandante (fls. 80 a 83) presentó en tiempo sus alegaciones finales y allí reiteró los argumentos expuestos en la demanda, con el fin que se acceda a sus pretensiones.

4.2. Las entidades demandadas – Fonpremag y Fiduprevisora- NO presentaron alegatos de conclusión.

4.3. El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

II. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

1. Problema jurídico.

El punto central de la *litis* se circunscribe a determinar si le asiste derecho a la parte demandante a que se suspendan los descuentos por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, así como el reintegro de los valores ya deducidos, o sí, por el contrario, hay razones jurídicas suficientes para que se continúe descontado dicho porcentaje en aquellas mesadas.

2. Cuestión previa.

Silencio Administrativo Negativo y el Acto Presunto: El artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 dispone como regla general que 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 ésta es negativa.

Por su parte el artículo 138 *ibíd.*, señala que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o **presunto**, y se le restablezca el derecho.

Finalmente, el artículo 161 *ibídem* al indicar cuales son los requisitos previos para demandar, dispuso que el silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

En el asunto *sub-examine* se observa que el 27 de noviembre de 2014, la demandante por intermedio de apoderado solicitó al Ministerio de Educación Nacional - Fonpremag la suspensión de los descuentos para salud efectuados sobre las mesadas adicionales, así como el reintegro de las sumas ya deducidas por dicho concepto (fls. 3 a 5), pedimento al cual la aludida entidad se abstuvo de dar respuesta dentro del término de 3 meses de que trata el artículo 83 del CPACA y tampoco se conoció respuesta previo a la notificación del auto admisorio de la demanda de 02 de septiembre de 2016 (fl. 29).

En consecuencia, al no existir respuesta de la entidad frente al mencionado pedimento, se infiere que al 27 de febrero de 2015 —3 meses después— se reunían los elementos para que la demandante acudiera directamente ante la vía jurisdiccional para solicitar la nulidad del acto presunto configurado por el silencio administrativo frente a la petición del 27 de noviembre de 2014, por lo que será en estos términos como se decidirán las pretensiones de la demanda.

3. Tesis planteada por el Despacho para solucionar el problema jurídico planteado.

La tesis que sostiene el Despacho es que es dable ordenar el reintegro de los aportes para salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año para los docentes, en razón a que por expresa prohibición del Legislador no es posible aplicar dichos descuentos sobre dichas mesadas, pues las Leyes 42 de



1982, 43 de 1984, 1250 de 2008 y el Decreto 1073 de 2003, impiden expresamente tal deducción.

4. Argumentos que sustentan las tesis y resolución del caso

En relación con la **mesada adicional de diciembre**, el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, estatuyó lo siguiente:

“Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite 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. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto”.

La anterior norma fue ratificada por el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

“Mesada adicional. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión”.

En cuanto a la prohibición de realizar descuentos con destino al sistema de salud sobre la mesada pensional adicional de diciembre, el artículo 7º de la Ley 42 de 1982 dispuso:

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

Esta prohibición, fue corroborada por el artículo 5º de la Ley 43 de 1984:

“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”.

Por su lado, la **mesada adicional de junio** está gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que establece:

“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de



Juzgado 14 Administrativo
Oral de Bogotá D.C

treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se le cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994”.

Según el artículo 1º del Decreto 1073 de 2002, por el cual se reglamentó las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regularon aspectos relacionados con los descuentos permitidos, a las mesadas pensionales no se le puede efectuar descuentos distintos a los autorizados, en ese sentido, se prescribió:

“Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligados a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la Ley y los reglamentados por el presente Decreto, salvo aceptación de la misma institución...”

“Parágrafo. 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”.

Sobre los descuentos de las mesadas adicionales la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997, señaló que no era posible efectuarlos, para lo cual expuso:

“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” (Se subraya).

Por último, vale la pena anotar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 17 de febrero de 2011, señaló también la imposibilidad legal que tiene la entidad demandada de hacer descuentos por salud en las mesadas adicionales¹; posición reiterada por la Sección Segunda, Subsección D, en sentencia de 11 de agosto de 2016 (Expediente No. 11001-33-35-010-2014-00152-01, MP Dr. Israel Soler Pedroza).

¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda –Subsección “C” providencia de 17 de febrero de 2011 Magistrado ponente: Ilvar Nelson Arévalo Perico. Exp. 2008-00771-01



5. Caso concreto.

5.1. Es preciso indicar que sobre las mesadas adicionales a que dice tener derecho la demandante en los meses de junio y diciembre, el Despacho observa que de conformidad con el extracto de pagos de mesadas pensionales expedido por la Fiduciaria la Previsora S.A., en su condición de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, realizó deducciones con destino al servicio de salud sobre las mesadas adicionales pagadas en junio y diciembre (fls. 73 a 75), omitiendo que por expresa disposición del Legislador no le estaba dado aplicar descuentos para salud sobre dichas mesadas adicionales de cada año, pues las Leyes 42 de 1982, 43 de 1984, 1250 de 2008 y el Decreto 1073 de 2002, impiden expresamente tal deducción; de manera que frente aquellas que son descontadas en los meses de junio y diciembre, no puede gravarse con el 12% mensual que ya se efectúa en el pago ordinario del mismo mes, puesto que de ocurrir equivaldría a descontar el 24% mensual.

En consecuencia, resulta claro que la presunción de legalidad que amparaba al acto administrativo acusado se encuentra desvirtuada, y en efecto lo procedente es declarar su nulidad; como restablecimiento del derecho se dispondrá ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que, a través de la Fiduciaria la Previsora S.A., proceda a suspender los descuentos por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, y a reintegrar a la parte demandante las sumas de dinero respectivas que por ese concepto se le hayan deducido por tal concepto, según lo probado.

5.2. El ajuste de valor sobre las sumas de dinero que se causen como consecuencia de la presente condena, se actualizarán de acuerdo con la fórmula utilizada por el H. Consejo de Estado, a saber:

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

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte actora desde la fecha en que se efectuó el descuento, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor,



certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para cada mesada adicional, teniendo en cuenta que el índice inicial vigente al momento de causación de cada una de ellas y el índice final vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

5.3. Prescripción. Teniendo en cuenta que prosperaron las pretensiones de la demanda, se hace necesario estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción, a la luz del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968².

Teniendo en cuenta que el derecho a la pensión se causó el 16 de noviembre de 2004 (fl. 8), que la solicitud de reintegro de los valores descontados por concepto de seguridad social –salud- sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre se presentó el 27 de noviembre de 2014 (fl. 3) y que la demanda se radicó el 29 de julio de 2016, tal como consta en el sello de recibido de la oficina de apoyo (fl. 25), se declarará la prescripción de los descuentos efectuados con anterioridad al **27 de noviembre de 2011**, lo anterior, teniendo en cuenta que la prescripción se interrumpe por una sola vez y que en el presente asunto entre la efectividad del derecho y la presentación de la solicitud transcurrieron más de 3 años.

6. Costas.

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, de las cuales hacen parte las agencias en derecho, pues conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación y como quiera que los argumentos de la entidad demandada fueron eminentemente jurídico no se condenará en costas.

² "Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en ese decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleados o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual"



En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR configurado el silencio administrativo negativo respecto de la petición radicada por la demandante ante el Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 27 de noviembre de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la **nulidad del acto ficto negativo** configurado por la falta de respuesta por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición de 27 de noviembre de 2014, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que, a través de la Compañía Fiduciaria La Previsora S.A., pague a la señora Gloria Estela Russi Russi (C.C. 24.133.668), las sumas de dinero descontadas por concepto de aportes por salud respecto de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre desde el 16 de noviembre de 2004, junto con los ajustes de valor de conformidad con la fórmula señalada en la parte considerativa de esta providencia y aplicando prescripción de mesadas tal como se indicará en el siguiente numeral. Igualmente, deberá suspender los descuentos que viene aplicando por el aludido concepto a esa mesada adicional.

CUARTO: Declarar probada la excepción de prescripción, propuesta por la Fiduciaria La Previsora, en relación con el reintegro de los valores descontados de las mesadas pensionales adicionales por concepto de seguridad social para salud, causados con anterioridad al **27 de noviembre de 2011**.

QUINTO: La entidad demandada debe dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.



SEXTO: Negar la solicitud de condena en costas de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría y a costa del interesado, expídanse copias del presente fallo y de la segunda instancia, si es el caso, con su respectiva constancia de ejecutoria, en la forma establecida en el artículo 114 del C.G.P., y cúmplase con las comunicaciones del caso.

OCTAVO: Cumplido lo anterior, procédase al archivo del proceso, previa devolución del remanente consignado por concepto de gastos ordinarios del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
JUEZ

YPSS