



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., 16 MAY 2019

JUEZ: MARTHA HELENA QUINTERO QUINTERO

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO No.: 11001-33-35-015-2018-00315-00
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR PACHECO SERRANO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUPREVISORA S.A

Procede el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Bogotá a decidir el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral promovido por la señora **MARÍA DEL PILAR PACHECO SERRANO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 38.233.912 de Bogotá, contra el ente accionado **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, controversia que se resuelve en esta sentencia.

Se señalan en esta demanda las siguientes,

PRETENSIONES

"PRIMERA: Que se declare la existencia del acto administrativo ficto presunto mediante el cual se entiende decidida de manera negativa la solicitud radicada el 15 de diciembre de 2017 dirigida a la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en representación de la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en la cual se solicitaba la suspensión y reintegro del descuento que se efectúa sobre la mesada adicional de Diciembre, con destino al régimen contributivo de salud.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto mediante el cual se entiende decidida de manera negativa la solicitud radicada el 15 de diciembre de 2017, dirigida a la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en representación de la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en la cual se solicitaba la suspensión y reintegro del descuento que se efectúa sobre la mesada adicional de Diciembre, con destino al régimen contributivo de salud.

TERCERA: Que como consecuencia del anterior pronunciamiento se disponga por ese Despacho que la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., suspenda la totalidad del descuento que se efectúa a la mesada adicional de Junio y Diciembre, como cotización al régimen contributivo de salud, efectuado a la pensión de jubilación reconocida a la señora MARIA DEL PILAR PACHECO SERRANO, mediante Resolución No. 8198 del 23 de Diciembre de 2013.

CUARTA: Que la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., reintegre de forma indexada a la señora MARIA DEL PILAR PACHECO SERRANO, la totalidad de los descuentos que se han efectuado sobre las mesadas adicionales de Junio y Diciembre, como

cotización al régimen contributivo de salud, efectuado a la Pensión de Jubilación.

QUINTA: Que se condene a LA NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a reconocer y pagar los intereses moratorios máximos legales, causados por el no pago completo de la mesada Adicional de Junio y Diciembre.

SEXTA: Que LA NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., dé cumplimiento a las disposiciones del fallo que ese Despacho profiera dentro de los términos establecidos en el artículos 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Condenar al demandado a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término dispuesto en el inciso 2º del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pague intereses moratorios conforme a lo dispuesto en el Inciso 3º del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Son enunciados como hechos principales de la demanda los siguientes:

1. Mediante Resolución No. 8198 del 23 de diciembre de 2013, la entidad accionada reconoció pensión de jubilación a la demandante.
2. La Fiduciaria La Previsora S.A, en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, asumió el descuento y pago de las deducciones en salud correspondientes al 12% sobre las mesadas adicionales.
3. Desde la inclusión en nómina de pensionados, la entidad viene descontando para salud sobre las mesadas adicionales de diciembre.
4. La demandante radicó derecho de petición el 15 de diciembre de 2017, ante la Fiduciaria la Previsora S.A., solicitando el reintegro de los descuentos en salud realizados sobre las mesadas adicionales de diciembre y junio, solicitud frente a la cual la entidad accionada no ha emitido pronunciamiento.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES

Constitucionales:

Artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia.

Legales:

- Artículo 10 del Código Civil.
- Ley 4 de 1966.
- Decreto 1743 de 1966, Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969.
- Ley 91 de 1989.

- Artículo 81 de la Ley 812 de 2003.
- Ley 1285 de 2009.
- Ley 1437 de 2011.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado el auto admisorio a las entidades demandadas (fls.35-37), y vencido el término de traslado tanto la Nación-Ministerio de Educación Nacional-FONPREMAG como la Fiduciaria La Previsora S.A. guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Previo a la revisión de las piezas procesales, se tiene que se surtieron en su totalidad las etapas del proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, por lo tanto, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

Problema Jurídico:

Se circunscribe a determinar si la accionante en su calidad de pensionada, tiene derecho a la devolución de los descuentos por concepto de salud que se le hacen a las mesadas adicionales.

Previo a resolver el problema jurídico planteado procede el Despacho a determinar la ocurrencia del Acto ficto producto del silencio negativo de las entidades, resultante de la petición realizada por la accionante el 15 de diciembre de 2017 ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora S.A., se hace necesario estudiar la ocurrencia de dicho fenómeno jurídico, pues presuntamente, a la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, aún no se había producido respuesta alguna por parte de la accionada.

Al respecto se precisa que el artículo 83 del C.P.A.C.A. 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 a 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."

Dentro del expediente se encuentra demostrado con prueba documental que la accionante el 15 de diciembre de 2017 presentó derecho de petición (fl.2-4) ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual solicita el reconocimiento y pago de lo siguiente:

"(...) 2. Que se suspenda el descuento que se efectúa en las mesada adicionales de Junio y Diciembre, como cotización al régimen contributivo de salud, efectuado a la Pensión de Jubilación reconocida a la señora MARIA DEL PILAR PACHECO SERRANO mediante la Resolución N° 8198 de diciembre 23 de 2013.

3. Que se le REINTEGRE a la señora MARIA DEL PILAR PACHECHO SERRANO, de forma indexada, la totalidad de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de su Pensión de Jubilación desde que adquirió el derecho a la pensión."

Así la accionante procede a demandar única y exclusivamente el acto ficto producto a su juicio, del silencio negativo; demanda que fue presentada con fecha 10 de agosto de 2018, fecha para la cual aún no se había producido respuesta alguna respecto de la petición anteriormente mencionada, pues del análisis de las pruebas aportadas al expediente, es claro que no obra ningún documento que acredite respuesta de la entidad respecto de la petición de fecha 15 de diciembre de 2017.

En consecuencia es claro que se produjo el silencio administrativo negativo derivado de la petición elevada por la parte actora ante la administración el 15 de diciembre de 2017 (fl.2-4).

Lo anterior en concordancia con lo establecido en el numeral 2 del artículo 161 del C.P.A.C.A.

"Artículo 161. Requisitos previos para demandar

La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto."

Implica lo anterior que en el presente medio de control se tiene como punto de partida la existencia de un acto administrativo, que en el caso del presente evento se denomina acto ficto producto del silencio guardado por la entidad accionada respecto de la petición elevada por la accionante el día 15 de diciembre de 2017.

Demostrada la existencia del acto ficto como consecuencia del silencio administrativo negativo, lo procedente será continuar con el estudio de la controversia.

La Mesada Adicional:

De conformidad con lo normado en la Ley 4 de 1992¹, los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de todos los sectores tienen derecho al reconocimiento y pago de una mesada adicional dentro de los primeros 15 días del mes de diciembre.

El Congreso de la República expidió la Ley 91 de 1989 por medio de la cual creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y estableció que

¹ "ARTICULO 1o. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente, parcial se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

(...)

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. 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.

(..)"

los docentes vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, se les reconocería pensión de jubilación sobre el 75% del salario mensual promedio del último año, además de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional la cual se cancelaría en el mes de junio.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se establece que el reconocimiento y pago de una mesada adicional equivalente a 30 días de pensión para los pensionados de cualquier orden, sería cancelada en el mes de junio de cada anualidad, manteniéndose la disposición de la Ley 91 de 1989, en iguales características solo que para los pensionados de todos los órdenes.

De los aportes:

Desde la expedición del Decreto 1843 de 1969 se estableció para los empleados públicos la obligación de aportar un porcentaje de lo devengado por ellos para contribuir con su asistencia médica, aportes que se erigen en una contraprestación a los servicios que reciben, como lo establece las leyes vigentes que regulan la prestación de dicho servicio a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, veamos:

La Ley 812 de 2003, establece en su Art. 81:

"Artículo 81.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes 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. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones."

Así las cosas, la normativa en cita dispone:

- ✓ Que los servicios de salud en cuanto a prestación, se harán con fundamento en lo dispuesto por la Ley 91 de 1989.
- ✓ Que la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones se establezcan en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que existe para los empleados privados.

Implica lo anterior, que si bien es cierto los docentes fueron excluidos taxativamente del Sistema de Seguridad Social Integral, y por lo tanto no se les aplica la Ley 100 de 1993 en su integridad, también lo es que por remisión expresa del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, se revierte tal situación, única y exclusivamente en cuanto a la tasa de cotización, pues mediante dicho Decreto se incorpora el contenido de la Ley 100 de 1993 en cuanto a cotizaciones a las normas que regulan este aspecto para los docentes.

Para tal efecto es pertinente determinar lo regulado en las mencionadas leyes respecto de la tasa de cotización, encontrando que la Ley 100 de 1993, en su artículo 143 se refiere a dos asuntos (i) que a los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994 se les debe reajustar la pensión en la misma

proporción en que se eleve la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente ley. (ii) Que la cotización para salud está a cargo de los pensionados en su totalidad a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es claro que la Ley 100 a la que remite el Decreto 812 de 2003, no reguló aspectos relacionados con los aportes por concepto de mesadas pensionales adicionales (mesadas 13 y 14), por lo tanto es pertinente, citar las normas que si regularon específicamente el tema de los aportes pensionales en salud frente a las mesadas adicionales, así:

Ley 43 de 1984 "Por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público y se dictan otras disposiciones", en la que se estableció el aporte para salud de los pensionados, indicando que el mismo no es aplicable sobre la mesada adicional del mes de diciembre así:

"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 1843 de 1969, tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional." (Subraya del despacho)

Posteriormente, la Ley 91 de 1989 estableció que dentro de los recursos que constituyen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los pensionados aportaran el 5% de cada mesada pensional.

"Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

1. (...)

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados."

De la norma transcrita anteriormente se observa que el descuento del 5% respecto de todas las mesadas pensionales, tenía como objeto constituir, fortalecer y apalancar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no el aporte al sistema de salud, esto porque para ese momento (1989) el pago de dichos aportes estaba a cargo tanto de la entidad como de los mismos pensionados, toda vez que éstos debían aportar el 5% del total a cotizar. Situación que fue modificada sustancialmente en primer lugar porque de conformidad con la Ley 100 de 1993, la cotización para salud está totalmente a cargo del pensionado, pero a su vez a los pensionados se le protegieron sus derechos a mantener el poder adquisitivo de sus pensiones, y en consecuencia en la misma norma se ordena que el porcentaje que de ahora en adelante debe asumir por concepto de cotización para salud, ese mismo porcentaje recibirá como reajuste a partir del momento que asume la totalidad de la cotización para salud.

Así, es claro que lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, perdió vigencia con la expedición del Decreto Ley 812 de 2003 que hace remisión expresa a la Ley 100 de 1993 para regular los aportes que los pensionados debían realizar para SALUD y más aún con lo establecido en el Decreto 1073 de 2002, que taxativamente protege las mesadas adicionales para que respecto de ellas solo puedan realizarse los descuentos establecidos en el artículo 1º de la misma norma, entre los cuales no se encuentra el aporte para salud.

De lo expuesto se llega a la conclusión de que la entidad accionada no puede hacer descuentos por aportes en salud de las mesadas adicionales (mesadas 13 y 14), como así lo entendió igualmente la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo en concepto No. 1064 de 1997., M.P. Augusto Trejos

Jaramillo en el cual señaló existe una norma expresa que regula lo correspondiente a las mesadas adicionales y que no señaló descuento alguno para aporte de salud, adicionalmente indicó que el descuento para salud es del 12% mensual, por lo que no puede efectuarse tal deducción en las dos mesadas que percibe, pues se estaría descontando un 24%.

Caso concreto:

Encuentra demostrado este Despacho que a la demandante señora MARÍA DEL PILAR PACHECO SERRANO le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 8198 del 23 de diciembre de 2013, efectiva a partir del 04 de diciembre de 2012 (Fl.2-7).

La demandada efectivamente ha realizado descuentos a las mesadas adicionales de diciembre, tal y como consta en los extractos de pago aportados. (Fl. 8-10).

Ahora bien, determinado como está, que la normatividad aplicable al caso en estudio es el Decreto 1298 de 1994, que establece que la cuantía máxima para el aporte en salud es del 12% y en concordancia con lo establecido en la Ley 43 de 1984, la cual indica que sobre las mesadas adicionales no puede hacerse ningún descuento, es evidente que el acto administrativo demandado contraría el ordenamiento jurídico razón por la cual se ordenará a la entidad demandada que realice el trámite pertinente para el reembolso de los valores descontados por tal concepto.

En consecuencia los argumentos expuestos por la parte actora lograron desvirtuar la legalidad del acto demandado, por lo cual se accederá a las pretensiones de la demanda tendientes a la devolución de los dineros descontado en exceso en la mesada adicional de diciembre.

Restablecimiento del derecho:

Devolución de los descuentos efectuados: La entidad accionada deberá reintegrar a la señora MARÍA DEL PILAR PACHECO SERRANO identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 38.233.912 de Ibagué, los valores por concepto de aportes para la salud que le fueron descontados sobre la mesada adicional de diciembre.

Prescripción de la devolución de los aportes: A la accionante le fue reconocida su pensión de jubilación mediante Resolución No. 8198 del 23 de diciembre de 2013 efectiva a partir del 04 de diciembre de 2012 y solicitó la devolución de los aportes realizados sobre las mesadas adicionales el 15 de diciembre de 2017, razón por la cual infiere este Despacho que el fenómeno de la prescripción tuvo ocurrencia sobre las mesadas causadas con anterioridad al 15 de diciembre de 2014.

Respecto de las **COSTAS**, considerando que la entidad demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la existencia del Acto Ficto presunto surgido de la petición realizada por la accionante el 15 de diciembre de 2017, ante la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, por medio del cual se negó la suspensión y el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre la mesada adicional de diciembre.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Acto Ficto presunto surgido de la petición realizada por la accionante el 15 de diciembre de 2017, ante la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** por medio de la cual se negó la suspensión y el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre la mesada adicional de diciembre, conforme la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, a título de restablecimiento de derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, a reintegrar a la señora **MARÍA DEL PILAR PACHECO SERRANO** identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 38.233.912 de Ibagué, los valores por concepto de aportes para la salud que le fueron descontados sobre la mesada adicional de diciembre, con la advertencia que en adelante no podrá realizar descuento alguno por dicho concepto, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO.- Declárense prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 15 de diciembre de 2014.

QUINTO.- A la sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A., y los valores que resultaren a deberse deberán actualizarse en la forma dispuesta en el artículo 187 del mismo estatuto y en los términos señalados en la parte motiva.

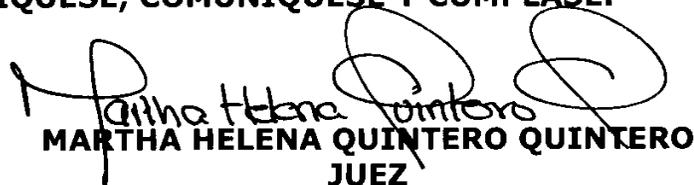
SEXTO.- No hay lugar a condenar en costas.

SÉPTIMO.-Ejecutoriada la presente providencia expídanse copias a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso.

OCTAVO.- Devolver a la parte demandante, el remanente de los gastos del proceso, si hubiere lugar a ello.

NOVENO.- La presente providencia, se notifica a las partes de conformidad con el artículo 203 del CPACA, en concordancia con lo normado en el artículo 247 ibídem.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


MARTHA HELENA QUINTERO QUINTERO
JUEZ