

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., primero (1o) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Expediente No.: 110013342-046-2019-00430-00
DEMANDANTE: GUDIELA DE JESUS GUTIERREZ GUTIERREZ
**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – 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 GUDIELA DE JESUS GUTIERREZ GUTIERREZ, 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.

1.2 Pretensiones.

Se declare la configuración del acto ficto o presunto frente a la petición de 16 de mayo de 2019, por medio del cual, el Ministerio de Educación Nacional negó la suspensión y el reintegro de los descuentos del 12% por concepto de salud, sobre la mesada adicional de diciembre.

Se declare la configuración del acto ficto o presunto frente a la petición de 17 de mayo de 2019, por medio del cual, la Fiduprevisora negó la suspensión y el reintegro

de los descuentos del 12% por concepto de salud, sobre la mesada adicional de diciembre.

Se declare la nulidad de los actos fictos presuntos configurados frente a las peticiones de 16 y 17 de mayo de 2019, por medio de los cuales, se negó la suspensión y el reintegro de los descuentos del 12% por concepto de salud, sobre la mesada adicional de diciembre.

A título de restablecimiento del derecho solicita: *“...reintegre todos los descuentos del 12% o cualquier otro valor, descuentos realizados en salud sobre la mesada adicional de diciembre descontados de la pensión de jubilación del demandante.*

... que a partir de la ejecutoria de la sentencia no debe continuar efectuándose el descuento 12% o cualquier otro valor en salud sobre la mesada adicional de diciembre descontadas de la pensión de jubilación...

...que sobre las diferencias adeudadas a mi mandante y solicitadas con la presente demanda, le pague las sumas necesarias para hacer ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo preceptuado por el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

...dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 187 a 192 de la ley 1437 de 2011.

Se condene en costas...”

Hechos.

Relata que laboró como docente de la Secretaría de Educación Distrital. Posteriormente, le fue reconocida pensión de jubilación.

La Fiduprevisora S.A., ha descontado el 12% por concepto de salud, sobre la mesada adicional de diciembre.

La demandante solicitó tanto del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como de la Fiduprevisora, el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre la mesada adicional de diciembre. Peticiones que no fueron contestadas.

1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política, los artículos 2, 4, 13, 25, 29 48, 53 y 58. Las Leyes 46 de 1966, 91 de 1989 y 812 de 2003 y Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Sostiene que la entidad transgrede las normas en mención, por denegar sin fundamento legal ni constitucional, el reintegro de los descuentos del 12% efectuado sobre la mesada adicional de diciembre. Aduce que la Fiduciaria efectuó dichos descuentos, con fundamento en el artículo 8º 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 FOMAG, 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.

La entidad demandada, contestó la demanda, pronunciándose frente a los hechos y oponiéndose a las pretensiones de la misma, al considerar que el FOMAG, se encontraba autorizado por la Ley 91 de 1989 para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara, inclusive, las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.

Concluye que: *“...se tiene que la ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al FOMAG y que hace parte de un ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.”*

1.5 Alegatos de conclusión

En virtud de lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 de 4 de junio de 2020, "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", que en su artículo 13 estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, el despacho

mediante proveído, corrió traslado a las partes por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

Una vez vencido el término anterior, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

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

Parte demandada: Reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se plantea en el sentido de determinar si a la parte demandante, le asiste el 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:

- ✓ Resolución No. 1946 de 3 de marzo de 2008 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora Gudiela de Jesús Gutiérrez Gutiérrez.
- ✓ El 16 de mayo de 2019, la demandante solicitó del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suspensión y devolución de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales por concepto de salud.
- ✓ El 17 de mayo de 2019, la demandante solicitó de la Fiduprevisora S.A., la suspensión y devolución de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales por concepto de salud.

- ✓ Extractos de pago de la señora Gudiel de Jesús Gutiérrez Gutiérrez.

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

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

2.3.1. 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 parte demandante, el 16 y 17 de mayo de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A., respectivamente.

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 16 y 17 de mayo de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional –

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A., mediante los cuales pretendió la suspensión y devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, por tanto, y comoquiera que no obra en el expediente respuesta dada oportunamente por dichas entidades a la demandante, se considera que se configuró en su caso, el silencio administrativo negativo.

Aclarado lo anterior procede, el despacho a establecer si los actos acusados, están incursos 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 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 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. 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 (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

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.

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 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 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 la entidad demandada a través de la Fiduciaria la Previsora S.A., ha venido efectuando descuentos por concepto de aportes a salud a la demandante, inclusive sobre la mesada adicional de diciembre, según se evidencia de los extractos de pago allegados al expediente.

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 diciembre de la pensión de jubilación de la demandante.

En consecuencia, al establecer de este 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 de los actos acusados y, en consecuencia, se dispondrá la devolución y suspensión inmediata y hacia futuro de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.

Prescripción

Comoquiera que el escrito mediante el cual el demandante solicitó el reintegro de las sumas correspondientes a los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales lo presentó el 16 de mayo de 2019, en aplicación de

la prescripción trienal, regulada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969³, se declarará probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias que resulten a favor del demandante con anterioridad al 16 de mayo de 2016.

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 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.

³ “Artículo 102º.- 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”.

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.

El Consejo de Estado⁴ ha señalado, entonces, el criterio objetivo-valorativo de la condena en costas que implica: i) objetivo porque que no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto⁵ y ii) valorativo porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso⁶.

Con fundamento en lo expuesto, se considera que en el caso *sub examine*, no hay lugar a imponer condena en costas a la parte actora, en la medida que no se acreditó su causación, es decir, no aparece evidencia alguna que demuestre los gastos en que incurrió la parte demandada para su defensa, por tanto, no se condenará en costas a la parte vencida.

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 las peticiones presentadas, por la señora Gudiela de Jesús Gutiérrez

⁴ Ver entre otras: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 13 de diciembre de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, número único de radicación 11001-03-24-000-2016-00162-01; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, C.P. William Hernández Gómez, número único de radicación 15001-23-33-000-2012-00509-00; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de diciembre de 2018, C.P. Milton Chaves García, número único de radicación 25000 23 37 000 2014 01115 01.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, consejero ponente William Hernández Gómez, número único de radicación 15001-23-33-000-2012-00162-01; Sección Primera, sentencia de 15 de agosto de 2019, número único de radicación 2001-23-39-003-2014-00294-01, consejero ponente Hernando Sánchez Sánchez.

Gutiérrez, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A, el 16 y 17 de mayo de 2019, respectivamente.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD de los actos fictos derivados de la omisión de respuesta a las peticiones elevadas por la señora Gudiel de Jesús Gutiérrez Gutiérrez, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A, el 16 y 17 de mayo de 2019, respectivamente, por medio de los cuales, 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 GUDIELA DE JESUS GUTIERREZ GUTIERREZ, identificada con cédula de ciudadanía 41.558.688, desde el 16 de mayo de 2016 por haber operado el fenómeno de la prescripción.

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. DECLARASE probada de oficio la excepción de prescripción de las diferencias adeudadas a favor de la demandante por concepto de los descuentos en salud con anterioridad al 16 de mayo de 2016, conforme a lo señalado en la parte motiva del fallo.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 046 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

2521732d1e431ba179c96323fd8b6ea86aded7d8ff3fdaef0925deb190d25de3

Documento generado en 01/03/2021 11:55:38 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>