REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO NOVENO (9°) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD

CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Radicado: **11001-33-35-009-2019-00524-00**

Naturaleza: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Demandantes: **RAFAEL MEZA BENITEZ; NUBIA INES BERNAL CASALLAS; MARIA CONSUELO ULLOA GUERRERO y MARIA DEL CARMEN ORJUELA CARDENAS**

Demandado: **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, profiere sentencia en los términos del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, en el proceso iniciado por los señores **Rafael Meza Benítez, Nubia Inés Bernal Casallas, María Consuelo Ulloa Guerrero y María del Carmen Orjuela Cárdenas** contra **la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. y Fiduciaria la Previsora S.A.**

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

Con el fin de tener mayor claridad, la apoderada de los demandantes identificó las pretensiones de cada uno de ellos así:

CASO No.1: RAFAEL MEZA BENITEZ

Pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Oficio **No. S-2019-134361 del 17 de julio de 2019**, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá, a través del cual se negó la solicitud de reintegro y suspensión de las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud) en las mesadas adicionales de cada año que se han efectuado y a su vez el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989. (archivo 01 fl.29)

2. Del acto ficto o presunto, frente a la petición No. **E-2019-112951 del 10 de julio de 2019**, en la que solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. (archivo 01 fl.28)

3. Del acto ficto o presunto negativo, respecto de la petición No. **20190322398412 del 11 de julio de 2019**, en la que solicitó el reintegro y suspensión de las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud) en las mesadas adicionales de cada año que se han efectuado al demandante. (archivo 01 fl.33)

CASO No. 2: NUBIA INES BERNAL CASALLAS

Pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Oficio No. **S-2019-130181 del 10 de julio de 2019 S y M-15**, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá, a través del cual negó la solicitud de reintegro y suspensión de las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud) en las mesadas adicionales de cada año que se han efectuado y a su vez el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989. (archivo 01 fl. 45)

2.Oficio No. **20191091619661 del 15 de julio de 2019**, proferido por la FIDUPREVISORA, a través del cual se negó la solicitud de reintegro y suspensión de

las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud) en las mesadas adicionales de cada año que se han efectuado a la demandante y a su vez el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en la Ley 91 de 1989.
3. Del Acto ficto o presunto, frente a la petición No. E-2019-102086 del 18 de junio de 2019, en la que solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. (archivo 01 fl.44)

CASO No. 3: MARIA CONSUELO ULLOA GUERRERO

Pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1.Oficio No. **S-2019-129982 del 10 de julio de 2019**, proferido por la secretaria de Educación de Bogotá- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá, a través del cual negó la solicitud de reintegro y suspensión de las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud). (archivo 01 fl.59)

2.Oficio No. **20191091754471 del 05 de agosto de 2019**, proferido por la FIDUPREVISORA, a través del cual se negó la solicitud de reintegro y suspensión de las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud) en las mesadas adicionales de cada año que se han efectuado a la demandante y a su vez el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en la Ley 91 de 1989. (archivo 01 fl.65)

3.Del Acto ficto o presunto, frente a la petición No. **E-2019-105932 del 26 de junio de 2019**, en la que solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. (archivo 01 fl. 61)

CASO No. 4: MARIA DEL CARMEN ORJUELA CARDENAS

Pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1.Oficio **No. S-2019-144660 del 02 de agosto de 2019**, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá, a través del cual negó la solicitud de reintegro y suspensión de las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud) en las mesadas adicionales de cada año que se han efectuado y a su vez el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989. (archivo 01 fl. 83)

2.Oficio No. **20191072051491 del 06 de septiembre de 2019**, proferido por la FIDUPREVISORA, a través del cual se negó la solicitud de reintegro y suspensión de las sumas descontadas por concepto de seguridad social (salud) en las mesadas adicionales de cada año que se han efectuado a la demandante y a su vez el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en la Ley 91 de 1989. (archivo 01 fl. 87)

3. Del Acto ficto o presunto, frente a la petición No. **E-2019-124091 del 30 de julio de 2019**, en la que solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. (archivo 01 fl. 85)

Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicitan se declare la nulidad de cada uno de los actos administrativos enunciados anteriormente; así mismo, impetra se ordene a la entidad demandada a: **i)** reintegrar los valores descontados por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y/o diciembre de cada año, desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia. **ii)** Suspender los descuentos por seguridad social (salud) sobre las mesadas pensionales adicionales de cada año, que se causen a partir de la sentencia. **iii)** Reconocer y pagar la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. i**v)** Reconocer y pagar la indexación entre las sumas de dinero adeudadas por concepto del reintegro solicitado de los descuentos en salud, aplicando lo certificado por el DANE, desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago; **v)** se condene en costas a la entidad.

1.1.2. Fundamentos fácticos

Señala la apoderada de los demandantes que, los mismos laboraron como docentes al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá, con nombramientos o vinculación a partir del 01 de enero de 1981 y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir el 26 de junio de 2003, a quienes, una vez cumplidos los requisitos, les fue reconocida pensión de jubilación por parte del FOMAG.

Manifiesta que a la fecha de presentación de la presente demanda no se les ha reconocido ni pagado la prima de medio año establecida en la Ley 91 de 1989.

Además, que desde el primer pago de las mesadas pensionales reconocidas se les vienen realizando los descuentos para EPS, sobre las mesadas adicionales.

Indica la apoderada que cada uno de los demandantes efectuó el agotamiento de la vía gubernativa de la siguiente forma:

CASO No. 1: RAFAEL MEZA BENITES

1. Mediante **Resolución No. 1505 del 11 de marzo de 2015**, expedida por el FOMAG, se le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación, por sus servicios prestados como docente desde el 18 de febrero de 1992.

2. Presentó petición con Radicado No. **E-2019.112951 del 10 de julio de 2019**, ante la secretaria de Educación de Bogotá- FOMAG, a través de la cual solicitó el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales cada anualidad.

3. En atención a que el demandante no es beneficiario de la pensión gracia, a través de petición No. **E-2019-112951 del 10 de julio de 2019**, solicita el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

4. Mediante **Oficio No. S-2019-134361 del 17 de julio de 2019**, la Secretaría de Educación de Bogotá- FOMAG, negó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada año y el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

5. A través de petición radicada bajo el número **20190322398412 del 11 de julio de 2019**, ante la FIDUPREVISORA, solicitó el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso por concepto de salud en las mesadas adicionales de cada año, así como el reconocimiento y pago de la prima de medio año del demandante.

6. Indica que, hasta la fecha de presentación de esta demanda, la FIDUPREVISORA no ha emitido respuesta a las peticiones mencionadas.

CASO No. 2: NUBIA INES BERNAL CASALLAS

1. Mediante **Resolución No. 2050 del 22 de marzo del 2013**, expedida por el FOMAG, se le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación, por sus servicios prestados como docente desde el 16 de junio de 1988.

2. Presentó petición con Radicado No. **E-2019-102095 del 18 de junio de 2019**, ante la Secretaría de Educación de Bogotá- FOMAG, a través de la cual solicitó el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales cada anualidad.

3. En atención a que la demandante no es beneficiaria de la pensión gracia, a través de petición No. **E-2019-102086 del 18 de junio de 2019**, solicita el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

4. Mediante Oficio No**. S-2019-130181 del 10 de julio de 2019**, la secretaria de Educación de Bogotá- FOMAG, negó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada año y el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

5. A través de petición radicada bajo el número **20190322101592 del 21 de junio de 2019**, ante la FIDUPREVISORA, solicitó el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso por concepto de salud en las mesadas adicionales de cada año, así como el reconocimiento y pago de la prima de medio año del demandante.

6. Mediante Oficio No. **20191091619661 del 15 de julio de 2019,** la FIDUPREVISORA, negó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada año y el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

7. Indica que, hasta la fecha de presentación de esta demanda, la FIDUPREVISORA no ha emitido respuesta a las peticiones mencionadas.

CASO No. 3: MARIA CONSUELO ULLOA GUERRERO

1. Mediante **Resolución No. 3174 del 02 de julio del 2015**, expedida por el FOMAG, se le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación, por sus servicios prestados como docente desde el 15 de julio de 1993.

2. Presentó petición con Radicado No. **E-2019-105924 del 26 de junio de 2019**, ante la secretaria de Educación de Bogotá- FOMAG, a través de la cual solicitó el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales cada anualidad.

3. Mediante Oficio No. **S-2019-129982 del 10 de julio de 2019**, la secretaria de Educación de Bogotá- FOMAG, negó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada año y el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

4. En atención a que la demandante no es beneficiaria de la pensión gracia, a través de petición No. **E-2019-105932 del 26 de junio de 2019**, solicita el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

5. Mediante Oficio No. **S-2019-126314 del 04 de julio de 2019**, la secretaria de Educación de Bogotá- FOMAG, negó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada año y el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

6. A través de petición radicada bajo el número **20190322098252 del 21 de junio de 2019**, ante la FIDUPREVISORA, solicitó el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso por concepto de salud en las mesadas adicionales de cada año, así como el reconocimiento y pago de la prima de medio año del demandante.

7. Mediante Oficio No. **20191091754471 del 05 de agosto de 2019**, la FIDUPREVISORA, negó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada año y el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

CASO No. 4: MARIA DEL CARMEN ORJUELA CARDENAS

1. Mediante **Resolución No. 5609 del 10 de noviembre de 2011**, expedida por el FOMAG, se le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación, por sus servicios prestados como docente desde el 19 de julio de 1988.

2. Presentó petición con **Radicado No. E-2019-124079 del 30 de julio de 2019**, ante la secretaria de Educación de Bogotá- FOMAG, a través de la cual solicitó el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales cada anualidad.

3. En atención a que la demandante no es beneficiaria de la pensión gracia, a través de petición No. **E-2019-124091 del 30 de julio de 2019**, solicita el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

4. Mediante Oficio No. **S-2019-144660 del 02 de agosto de 2019**, la secretaria de Educación de Bogotá- FOMAG, negó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada año y el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

5. A través de petición radicada bajo el número **20190322639712 del 26 de julio de 2019**, ante la FIDUPREVISORA, solicitó el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso por concepto de salud en las mesadas adicionales de cada año, así como el reconocimiento y pago de la prima de medio año del demandante.

6. Mediante **Oficio No. 20191072051491 del 06 de septiembre de 2019**, la FIDUPREVISORA, negó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada año y el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

1.1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Como normas violadas la parte actora invoca las siguientes:

- ✓ Ley 100 de 1993
- ✓ Decreto 1073 de 2002
- ✓ Ley 812 de 2003
- ✓ Artículos 2,13,25,29,46,48,53,58 y 228 de la Constitución Política de Colombia

Entorno al concepto de violación argumentó que, para los docentes vinculados con posterioridad a 1980, pero antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se estableció el reconocimiento de una prima de medio año en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y citó, para respaldar su dicho, la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, bajo el radicado No. SUJ-014-CE-S2-2019, en la que se establecieron las siguientes reglas en materia del derecho a la pensión para los docentes:

i. Derecho a la pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 tienen derecho a la pensión gracia de conformidad con las leyes 114 de 1913. 116 de 1928, 37 de 1933 y demás que las desarrollen o modifiquen.

ii. Derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, y a una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Con lo anterior considera que los demandantes cumplen con las reglas nombradas anteriormente, por lo que son beneficiarios del reconocimiento y pago de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

En relación a los descuentos para salud, indica el apoderado que la Fiduprevisora S.A. debe responder por los descuentos para salud que efectuó a los pensionados del FOMAG, toda vez que, dichas deducciones van en contravía a lo dispuesto en el Decreto 1073 de mayo 24 de 2002, en el que se estableció que las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentos, salvo aceptación de la misma institución.

Como fundamento a su petición citó la sentencia C-461 de12 de octubre de 1995, de la Corte Constitucional, la Ley 812 de 2003, el concepto No. 10846 del 20 de agosto de 2004, en los que manifiesta se indicaba que las mesadas adicionales de junio y diciembre no deben ser objeto del descuento del 12% para salud.

1.1.4. Escrito de contestación.

La apoderada de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones; explicó que los descuentos en salud efectuados a las mesadas adicionales cuentan con respaldo jurídico y normativo aplicable, sin que de ninguna norma se especifique que las mesadas adicionales percibidas por los docentes quedan exceptuadas de dichos descuentos. Así mismo, que en lo que atañe al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, conforme a la normatividad aplicable, ninguno de los demandantes cumple con los requisitos para acceder a ella teniendo en cuenta sus fechas de vinculación y asignación salarial.

Frente a los hechos se atuvo a lo probado en el proceso. Como excepciones propuso las siguientes:

1. Los descuentos efectuados para aportes en salud se encuentran amparados por la Ley vigente.
2. Imposibilidad de percibir catorce mesadas pensionales.
3. Improcedencia de la condena en costas.
4. Excepción Genérica.

1.2. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 19 de diciembre de 2019, y correspondió por reparto a este Despacho el mismo día; mediante proveído del 24 de febrero de 2020, se inadmitió la demanda frente a la señora **María Consuelo Ulloa**, con el fin de que allegara el poder conferido a la apoderada y se admitió frente a los otros demandantes.

Con memorial radicado el día 02 de marzo de 2020, la señora **María Consuelo Ulloa,** subsanó la demanda en debida forma, por lo que, a través de auto del 14 de

septiembre de 2020, se admitió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Acto seguido, mediante auto del 22 de noviembre de 2021, se profirió auto en el que se tuvo por contestada la demanda, se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas aportadas por las partes y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que, si a bien lo tenía, emitiera su concepto.

1.Los Alegatos de conclusión.

En el término concedido por el Despacho, las partes rindieron escritos de alegaciones finales. Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió ningún concepto al respecto.

1.1. Alegatos de la parte actora

La apoderada de los demandantes ratificó los argumentos expuestos en la demanda y manifestó que a sus poderdantes se les debe reconocer el pago de la prima de mitad de año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pese a lo indicado en el Acto Legislativo 01 de 2005, en el cual se indica que una persona puede devengar más de 13 mesadas pensionales.

Manifestó que la prima media es un beneficio que se le otorga a aquellos docentes que no tuvieron derecho a percibir la pensión gracia y que, en garantía de tener una igualdad, se crea esta prima de medio año equivalente a una mesada pensional, la cual será otorgada a las personas que cumplan con los siguientes requisitos: i) ser docente vinculado del 1 de enero al 26 de junio de 2003; ii) Tener reconocimiento únicamente de pensión de jubilación; iii) No tener derecho a pensión gracia.

Argumentó que la prima de medio año reclamada es diferente a la mesada adicional, prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, y precisó que los demandantes cumplen con los requisitos exigidos para su reconocimiento.

En lo referente al descuento de aportes en salud, efectuado por las demandadas sobre las mesadas adicionales, solicitó se dé aplicación al precedente jurisprudencial de Unificación.

1.2 Alegatos de conclusión de la entidad demandada

La apoderada del Fomag se refirió a la naturaleza jurídica de la entidad y el contrato de fiducia mercantil suscrito con la Fiduprevisora S.A., para que actúe como vocera y administradora de los recursos del Fondo y ejerza la defensa de sus intereses.

Citó la normativa que consagraba el régimen pensional docente antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, hasta llegar a la expedición de la Ley 33 de 1985 y precisó que, con la referida Ley 91 se establecieron tres categorías diferentes de personal docente y se definió competencia para la Nación y las entidades territoriales en materia de obligaciones prestacionales de dicho personal.

Indicó que, paralelo al régimen pensional docente fue promulgada la Ley 100 de 1993 que los excluyó de su aplicación y más adelante, la Ley 812 de 2003, que estableció que, para los docentes vinculados con posterioridad a su expedición si sería aplicable la referida Ley 100.

Respecto de la mesada adicional de junio o mesada 14 señaló que, si bien, para los docentes fue establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, como esa disposición no concretó su naturaleza ni el periodo durante el cual se haría exigible, dichas condiciones se consagraron en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y destacó que fue la misma Corte Constitucional la que las asimiló a través de la Sentencia C-461 de 1995.

Además, alegó que con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se estableció la prohibición de devengar más de 13 mesadas al año y concluyó que, por tratarse de la misma prestación se puede devengar o la mesada adicional, prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, o la consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 no podrán ser más de 13 mesadas al año, por lo que, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Trajo a colación la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 3 de junio de 2021, en el sentido de precisar que son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre

de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales.

Indicó que la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la predicha Ley 100 de 1993 los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

Por lo anterior solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda y se declaren probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO por tener vocación de prosperidad.

1.3. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Cuestión Previa

Estando el proceso para sentencia avizora el Despacho que, a través de auto del 31 de mayo de 2022, se resolvieron las excepciones propuestas por la parte demandada, se fijó el litigio, se incorporaron pruebas y se corrió traslado para alegar de conclusión. Esta providencia fue notificada en debida forma a través de estado electrónico del día 01 de junio de 2022. Sin embargo, en el mencionado auto se presentó una imprecisión al momento de realizar la fijación del litigio del presente asunto, puesto que, se determinó de la siguiente forma:

> **3. La fijación del litigio**
>
> En este asunto, la fijación del litigio se centrará en determinar si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada suspenda los descuentos efectuados para salud sobre las mesadas adicionales y proceda a reintegrar las sumas descontadas hasta la fecha por el mismo concepto.

Esta fijación del litigio no fue objeto de ningún reproche por las partes en el asunto de la referencia.

En ese orden de ideas se resalta la importancia de esta aclaración, puesto que es en este momento en el que el juez y las partes establecen los problemas jurídicos litigiosos que se van a resolver, acorde con las pretensiones de la demanda y los hechos controvertidos y aceptados en la demanda y su contestación, con la finalidad de racionalizar y delimitar la actuación procesal y los problemas jurídicos requeridos por las partes.

En este sentido, es el juez, desde su función de conductor del proceso, el que indica a los sujetos procesales cuáles son los problemas jurídicos planteados, sobre los cuales versará la decisión y frente a los cuales las partes han de dirigir sus esfuerzos tanto probatorios como argumentativos para hacer prevalecer su posición jurídica.

Así pues, la fijación del litigio se convierte en la determinación de las "reglas de juego a seguir dentro del debate procesal", a partir de las cuales las partes y el juez deben encauzar su actuación, dentro del marco de los principios de congruencia, buena fe, lealtad procesal y debido proceso, entre otros, que guían la función judicial. Lo que indicaría la imposibilidad de que el juez se pronuncie sobre aspectos que no fueron taxativamente expuestos en la fijación de la litis.

Al respecto el H. Consejo de Estado en providencia del 27 de agosto de 2020, indicó lo siguiente:

> *[A]l respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha identificado dos tesis. La primera "abogaría por indicar que una vez concretados estos aspectos, ni las partes ni el juez pueden dirigir sus esfuerzos a probar o determinar asuntos que no fueron tratados expresamente en la fijación", mientras que la otra sostiene que la fijación del litigio tiene un carácter provisional, por lo que se busca reducir la complejidad de los problemas planteados, sin que constituya "la resolución definitiva de los extremos de la litis, en el entendido en que este se resuelve en el fallo y, por tanto, aquella puede alcanzar mayores niveles de abstracción, de discusión jurídica que los trazados en esa diligencia inicial". **En ese orden de ideas, para la S., el problema jurídico que se estructura en la audiencia inicial sirve como parámetro para determinar cuáles de los medios de convicción solicitados por las partes resultan conducentes, pertinentes y útiles, sin que pueda convertirse en una camisa de fuerza para el juez al proferir la decisión que en derecho corresponda. Debe recordarse que el artículo***

> ***281 del Código General del Proceso establece que la sentencia debe guardar consonancia con "los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley". Lo anterior, reafirma la postura de que la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial tiene un carácter provisional, razón por la que, en la sentencia se debe estructurar el problema jurídico que tenga en cuenta las pruebas legal y oportunamente recaudadas, los argumentos expuestos por las partes y la línea jurisprudencial aplicable al caso concreto, cumpliendo así con el principio de consonancia que debe existir entre la sentencia y el libelo introductorio. Así las cosas, la fijación del litigio no constituye una camisa de fuerza para el operador judicial, pues en aras de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, el juez se encuentra facultado para determinar si la decisión debe limitarse al problema jurídico planteado en la audiencia inicial o si este debe ser ampliado. (negrilla del Despacho)***[1]

Así las cosas, concluye este Despacho que si bien es cierto la fijación del litigio que se hizo en el presente asunto, no tuvo en cuenta la totalidad de las pretensiones de la demanda, el juez de lo contencioso está facultado para pronunciarse sobre temas que, si bien expresamente no quedaron enunciados en esta etapa procesal, pues no hacerlo implicaría un desconocimiento del objeto mismo del proceso contencioso administrativo.

Por tanto, se procede a complementar el mismo quedando así:

Problema jurídico

El problema jurídico se contrae a determinar si hay lugar a declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Para el caso 1: El Oficio **No. S-2019-134361 del 17 de julio de 2019**, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá, del acto ficto o presunto, frente a la petición No. **E-2019-112951 del 10 de julio de 2019, y** de acto ficto o presunto negativo, respecto de la petición No. **20190322398412 del 11 de julio de 2019.**

[1] Sentencia 18001-23-33-000-2013-00151-02 del 27 Agosto 2020

Par el caso No. 2: El Oficio No. **S-2019-130181 del 10 de julio de 2019 S y M-15**, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá, así como la nulidad del oficio No. **20191091619661 del 15 de julio de 2019**,

Para el caso No. 3: El Oficio No. **S-2019-129982 del 10 de julio de 2019**, proferido por la secretaria de Educación de Bogotá- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá, así como la del Oficio No. **20191091754471 del 05 de agosto de 2019**, proferido por la FIDUPREVISORA.

Caso No. 4: La nulidad del Oficio **No. S-2019-144660 del 02 de agosto de 2019**, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá, del Oficio No. **20191072051491 del 06 de septiembre de 2019**, proferido por la FIDUPREVISORA, y del Acto ficto o presunto, frente a la petición No. **E-2019-124091 del 30 de julio de 2019**,

Como restablecimiento del derecho se debe determinar si los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima de medio año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Igualmente, si tienen derecho a que la entidad demandada suspenda los descuentos efectuados para salud sobre las mesadas adicionales y proceda a reintegrar las sumas descontadas hasta la fecha por el mismo concepto.

2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

2.2.1. Resolución No. 1505 del 11 de marzo de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce pensión vitalicia al señor Rafael Meza Benítez, a partir del 06-10-2014. (archivo 01 fl.25-27)

2.2.2. Petición dirigida al FOMAG, con radicado No. E-2019-112951 del 10 de julio de 2019, mediante el cual el señor Rafael Meza Benítez, pretende la suspensión de los descuentos en salud y el reingreso de esos dineros. (archivo 01 fl. 28).

2.2.3. Oficio S-2019-134361 del 17 de julio de 2019, mediante el cual la secretaria de Educación de Bogotá, dio respuesta a la petición del 10 de julio de 2019 (archivo 01 fl.29-32)

2.2.4. Petición No. 20190322398412 del 11 de julio de 2019, mediante el cual el señor Rafael Meza Benítez, solicita a la FIDUPREVISORA, la suspensión de los descuentos en salud, así como el reconocimiento y pago de la prima de medio año. (archivo 01 fl.33).

2.2.5. Certificado de salarios del señor Rafael Meza Benítez (archivo 01 fl. 34-36)

2.2.6. Resolución No. 2050 del 22 de marzo de 2013, mediante la cual la secretaria de Educación de Bogotá reconoce pensión vitalicia a la señora Nubia Inés Bernal Casallas, a partir del 14-07-2012. (archivo 01 fl.40-42)

2.2.7. Petición dirigida al FOMAG, con radicado No. E-2019-102095 del 18 de agosto de 2019, mediante el cual la señora Nubia Inés Bernal Casallas, pretende la suspensión de los descuentos en salud y el reingreso de esos dineros. (archivo 01 fl. 43).

2.2.8. Petición dirigida al FOMAG, con radicado No. E-2019-102086 del 18 de junio de 2019, mediante el cual la señora Nubia Inés Bernal Casallas, pretende la el pago de la prima de medio año. (archivo 01 fl. 44).

2.2.9 Oficio S-2019-130181 del 10 de julio de 2019, mediante el cual la secretaria de Educación de Bogotá, dio respuesta a la petición del 18 de junio de 2019 (archivo 01 fl.45-46)

2.2.10. Petición No. 20190322101592 del 21 de junio de 2019, mediante el cual la señora Nubia Inés Bernal Casallas, solicita a la FIDUPREVISORA, la suspensión de los descuentos en salud, así como el reconocimiento y pago de la prima de medio año. (archivo 01 fl.47).

2.2.11. Oficio No. 20191091619661 del 15 de julio de 2019, mediante el cual la FIDUPREVOISORA, dio respuesta a la petición del 21 de junio de 2019 (archivo 01 fl.48-50)

2.2.12. Certificado de salarios (archivo 01 fl. 51-53)

2.2.13. Cedula de ciudadanía de la señora María Consuelo Ulloa Guerrero (Archivo 01 fl. 55).

2.2.14. Resolución No. 3174 del 02 de julio de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoce pensión vitalicia a la señora María Consuelo Ulloa Guerrero, a partir del 18-01-2014. (archivo 01 fl.56-57)

2.2.15. Petición dirigida al FOMAG, con radicado No. E-2019-105924 del 26 de junio de 2019, mediante el cual la señora María Consuelo Ulloa Guerrero, pretende la suspensión de los descuentos en salud y el reingreso de esos dineros. (archivo 01 fl. 58).

2.2.16. Oficio S-2019-129982 del 10 de julio de 2019, mediante el cual la secretaria de Educación de Bogotá, dio respuesta a la petición del 26 de junio de 2019 (archivo 01 fl.59-60)

2.2.17. Petición No. 2019-105932 del 26 de junio de 2019, mediante el cual la señora María Consuelo Ulloa Guerrero, solicita al FOMAG, el pago de la prima de medio año. (archivo 01 fl.61).

2.2.18. Oficio S-2019-126314 del 04 de julio de 2019, mediante el cual la secretaria de Educación de Bogotá, dio respuesta a la petición del 26 de junio de 2019 (archivo 01 fl.62-63)

2.2.19. Petición No. 20190322098252 del 21 de junio de 2019, mediante el cual la señora María consuelo Ulloa Guerrero, solicita a la FIDUPREVISORA, el pago de la prima de medio año y la suspensión de descuentos en salud. (archivo 01 fl.64).

2.2.20. Oficio No. 20191091754471 del 05 de agosto de 2019, mediante el cual la FIDUPREVISORA, dio respuesta a la petición de 21 de junio de 2019. (archivo 01 fl.66-68).

2.2.21 Certificado de salarios de la señora María consuelo Ulloa Guerrero (archivo 01 fl. 70-72)

2.2.22. Copia de la cedula de ciudadanía de la señora María del Carmen Orjuela Cárdenas.

2.2.23. Resolución No. 5609 del 10 de noviembre del 2011, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció pensión vitalicia de jubilación a la señora María del Carmen Orjuela Cárdenas, a partir del 26 de agosto de 2010. (archivo 01 fl.79-81)

2.2.24. Petición No. E- 2019-124079 del 30 de julio de 2019, mediante la cual la señora María del Carmen Orjuela Ulloa, solicita al FOMAG, la suspensión de descuentos en salud. (archivo 01 fl.82).

2.2.25. Oficio S-2019-144660 del 02 de agosto de 2019, mediante el cual la secretaria de Educación de Bogotá, da respuesta a la solicitud de 30 de julio de 2019. (archivo 01 fl. 83-84)

2.2.26. Petición No. E- 2019-124091 del 30 de julio de 2019, mediante el cual la señora María del Carmen, solicita al FOMAG el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año. (archivo 01 fl. 85).

2.2.27. Petición No. 20190322639712 del 26 de julio de 2019, mediante la cual la señora María del Carmen, solicita el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año y la suspensión de los descuentos de salud. (archivo 01 fl. 86)

2.2.28. Oficio No. 20191072051491 del 06 de septiembre de 2019, mediante el cual la fiduprevisora dio respuesta a la petición del 26 de julio de 2019. (archivo 01 fl.87-90)

2.2.29. Extractos de pago (archivo 01 fl.91-95)

2.2.30. Historia laboral de la señora María del Carmen (archivo 01 fl.96-97)

2.3. El acto acusado y el silencio administrativo

El silencio administrativo es efecto de la demora de la administración para resolver las solicitudes, reclamaciones y recursos que ante ella se han formulado; la ley ha

establecido unos precisos términos para que esa ficción legal opere y la jurisprudencia distingue dos clases de silencio administrativo, a saber: i) el negativo, en el que transcurrido el plazo legal, la petición se entiende desestimada y ii) el positivo, en el que ante la omisión, la reclamación se considera que ha sido resuelta favorablemente.

La Ley 1437 de 2011, ha fijado términos distintos, ya sea que se trate de simples reclamaciones en ejercicio del derecho de petición en interés individual, o de la interposición de recursos para agotar la vía administrativa. En efecto, el artículo 83 del CPACA, señala:

> *<<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 (…)>>* (Subrayado del Despacho)

En el presente proceso, se encuentra probado que los demandantes solicitaron ante el FOMAG el reconocimiento y pago de la prima de medio año con peticiones radicadas así:

- **RAFAEL MEZA BENITEZ**

  - Petición E- 2019-11-29-51 del 10 de julio de 2019, respecto del reconocimiento y pago de la prima de medio año.
  - Petición No. 20190322398412 del 11 de julio de 2019, respecto del reconocimiento y pago de medio año y la suspensión y reintegro de las sumas descontadas por concepto de seguridad social.

- **NUBIA INES BERNAL CASALLAS**

  - Petición No. E- 2019-102086 del 18 de junio de 2019, respecto del reconocimiento y pago de la prima de medio año.

- **MARIA DEL CARMEN ORJUELA**

  - Petición No. E-2019-124091 del 30 de julio de 2019, respecto del reconocimiento y pago de la prima de medio año.

Conforme a lo anterior se tiene que a la fecha los demandantes no han recibido respuesta de fondo, razón por la cual al haber transcurrido más de tres (3) meses, desde la presentación de las solicitudes, sin obtener respuesta clara y definitiva, es claro que se tiene por configurado el acto presunto negativo.

2.4. Normativa y jurisprudencia aplicable al reconocimiento de la prima de medio año

El literal b del numeral 2º del Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estableció una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, para los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1981, y los docentes, sin distinción del tipo de vinculación, que ingresen a partir del 1º de enero de 1990.

Mientras que, por su parte, la Ley 100 de 1993, en su artículo 142, dispuso el reconocimiento y pago de la mesada adicional del mes de junio para los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, correspondiente a 30 días de la pensión que le corresponda.

Sin embargo, el artículo 279 de la referida Ley 100 excluyó de su aplicación a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pese a lo anterior, el Legislador decidió extender el beneficio de la mesada catorce a los pensionados exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, razón por la que a través de la Ley 238 de 1995, adicionó el artículo 279 de la referida Ley 100, en los siguientes términos:

> *<<ARTÍCULO 10. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo:*
>
> *"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados>>.*

Es decir que, a partir de la expedición de la Ley 238 de 1995, se extendió el beneficio consagrado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 o mesada catorce, a quienes estaban excluidos de sus disposiciones, entre otros, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-461 de 1995, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, al revisar la constitucionalidad del inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se exceptúa de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, precisó como problema jurídico determinar si la exclusión de los afiliados al FOMAG de la aplicación de la Ley 100 de 1993, incluye la mesada adicional consagrada en el artículo 142 ejusdem y frente a ello concluyó que:

> 1. El establecimiento de regímenes especiales debe garantizar un nivel de protección igual o superior que justifique el tratamiento diferenciado frente a aquel que se otorga para la generalidad del sector.
>
> 2. La mesada adicional prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, tiene como finalidad compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones por razón de la inflación.
>
> 3. Teniendo en cuenta la finalidad de dicha mesada adicional, la misma se equipára con la prevista para los docentes en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
>
> 4. Entonces, los docentes que son acreedores de pensión gracia y los que fueron vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981 tienen un beneficio asimilable a la mesada adicional de junio prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y es la mesada de junio prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues existe equivalencia entre ellas.
>
> 5. Mientras que, aquellos docentes vinculados antes del 1° de enero de 1981 que no son acreedores de la pensión gracia, no resultan beneficiarios de la mesada adicional de junio prevista en la Ley 91 de 1989, razón por la cual para ello resulta aplicable el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, para el Despacho es claro que **la mesada adicional de junio prevista en la Ley 91 de 1989, tiene los mismos efectos y es asimilable a la mesada adicional de junio creada por la Ley 100 de 1993,** razón por la cual no resulta procedente que un docente devengue dos mesadas adicionales en el mes de junio, pues dependiendo de su fecha de vinculación y de ser o no beneficiario de la pensión gracia, puede acceder a una de ellas.

Sumado a lo anterior, no puede perderse de vista que, el derecho a percibir la mesada adicional se vio limitado por el **Acto Legislativo 01 de 2005**[2] , el cual estableció que, las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de su entrada en

[2] [2] <<Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política>>.

vigencia no podrán devengar más de 13 mesadas pensionales al año, excepto para aquellas personas que perciban una mesada pensional inferior a 3 SMLMV, siempre y cuando la prestación se cause antes del 31 de julio de 2011, quienes devengarán 14 mesadas.

Respecto del límite impuesto por la Norma Constitucional a la mesada adicional, el Consejo de Estado, analizó que:

1. La norma tuvo por finalidad introducir como principio la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social.
2. Aunque, en principio, se propuso para aquellas pensiones **reconocidas** a partir de su entrada en vigencia, esta propuesta encontró reparos y concluyó que la prohibición debía quedar condicionada a **la causación del derecho y no al reconocimiento,** bajo el entendido que todos los requisitos, incluso el límite de 3 SMLMV, debía cumplirse con anterioridad al 31 de julio de 2011.
3. <<De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005[3], "***las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios***" (Resaltado fuera de texto).

Ahora bien, múltiples han sido los pronunciamientos de juzgados y tribunales administrativos frente al reconocimiento de la prima de medio año prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 aquí reclamada, en los cuales se ha concluido que al equiparase con la mesada adicional prevista en la Ley 100 de 1993 se encuentra amparada por el límite impuesto a través del Acto Legislativo 01 de 2005 y, por tanto, han negado las pretensiones de la demanda; algunos de esos pronunciamientos han sido objeto de análisis por el Consejo de Estado, a través de acciones de tutela, el cual ha concluido que dicha interpretación no configura un defecto fáctico o sustantivo; por traer un ejemplo, vale la pena citar lo dicho en sentencia del 24 de marzo de 2022[4]:

<<Por lo demás, la Sala aclara que el anterior planteamiento jurídico constituye el

[3] Diario Oficial No. 45.980
[4] Sección Segunda, Subsección B, sentencia proferida dentro de la acción de tutela 11001031500020220121600, con ponencia del consejero César Palomino Cortés.

criterio jurídico imperante en esta Subsección, el cual ha sido plasmado, entre otras, en la sentencia de 25 de abril de 2019 (C.P. César Palomino Cortés)[5], providencia en la cual se analizó una situación semejante a la de la accionante.

En ese orden, se considera que no asiste razón a la señora Muñoz González, toda vez que, las mesadas contenidas en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y 142 de la Ley 100 de 1993, a pesar de tener como fundamento diferentes fuentes legales y aun cuando su ámbito de aplicación varía ostensiblemente; por expresa disposición jurisprudencial, resultan equiparables y, por tanto, su aplicación está sometida a los mismos criterios jurídicos.

Así las cosas, la Sala considera que no existe una analogía indebida en cuanto a la aplicación de la norma, toda vez que, según lo expuesto, a más de la autonomía propia del juez, existe un pronunciamiento de constitucionalidad, que ciertamente constituye un precedente de obligatoria observancia, para la resolución de los eventos surgidos con base en situaciones semejantes a los de la actora.

(…)

Asimismo, la lectura de la providencia censurada, no permite a la Sala concluir que el análisis jurídico contenido resulte contrario a derecho, o bien, sea caprichoso o arbitrario, contrario a ello, se concluye que la providencia tuvo como fundamento la norma, cuyo análisis debía hacerse conforme con lo señalado por la jurisprudencia constitucional, como en efecto se plasmó en la sentencia atacada>>.

Entonces, bajo este contexto normativo y jurisprudencial, procederá el Despacho a analizar más adelante el caso concreto de los demandantes.

2.5 Normativa y jurisprudencia aplicable en materia de descuentos para salud sobre las mesadas pensionales

Como lo había dispuesto la Ley 4ª de 1966[6], la obligación de cotizar un 5% de la mesada pensional con destino a la Caja Nacional de Previsión Social fue reiterada de manera más precisa por el Decreto 3135 de 1968[7], en su artículo 37, así:

*<<**Artículo 37º.- Prestaciones para pensionados.** A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.*

Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión >>.

Luego, mediante Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968 citado, se desarrolló la prestación asistencial, traducida ésta en servicios médicos y

[5] Radicado: 05001-23-31-000-2011-01551-01 (0319-2014); Demandante: Martha Ruth Henao Arbeláez; Demandado: CAJANAL EICE y otro.

[6] <<Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones>>

[7] ***<<Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales>>.***

otros, indicando que el descuento debía realizarse sobre cada mesada pensional, de la siguiente manera:

> << ***Artículo 90. Prestación asistencial.***
>
> *1.Los pensionados por invalidez, jubilación o retiro por vejez, tienen derecho a asistencia médica, farmacéutica, de laboratorio, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar, sin restricción ni limitación alguna.*
>
> *2. Dicha prestación asistencial se suministrará al pensionado por la entidad, establecimiento, empresa o sociedad de economía mixta que pague la correspondiente pensión, bien directamente o mediante contratación con una entidad de previsión social.*
>
> *3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que* ***se descontará de cada mesada pensional****.* >> (Subraya el Juzgado).

El monto de la cotización tantas veces señalada, fue incrementado a partir de la Ley 100 de 1993[8], a un 12%, el cual con la adición que le introdujera la Ley 1250 de 2008[9], se ratificó para los pensionados en el mismo porcentaje **sobre la mesada pensional percibida**.

Ahora, conviene precisar lo atinente a las mesadas adicionales; éstas sólo fueron reguladas a partir de la Ley 4ª de 1976[10], cuyo artículo 5°, estipuló inicialmente, la pagadera en el mes de diciembre a los pensionados de cualquier orden y la de junio se crea con el artículo 142 la Ley 100 de 1993, dentro del Sistema de Seguridad Social.

Así mismo, el artículo 50 de la Ley 100 de 1993 ratificó lo anterior al prever:

> «ARTÍCULO 50. 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.»

[8] <<Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones>>.
[9] **<<Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un parágrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6 de la Ley 797 de 2003>>**
[10] <<por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones>>.

Cabe señalar que, esta última ley creó una mesada adicional, pagadera en el mes de junio, que se ha conocido como la mesada catorce (14), tal y como se señala en su artículo 142:

> «ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. 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 las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, *cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (10) de enero de 1988*, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.
>
> Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.
>
> Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.»

No obstante, con posterioridad, el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, publicado en el Diario Oficial 45.980 del 25 de julio de 2005, eliminó la mesada catorce (14), en todos los regímenes pensionales (general y especiales), al regular lo siguiente:

> «ARTÍCULO 1.
> [...]
> [Inciso octavo] Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.
> [...]
> PARÁGRAFO TRANSITORIO 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.»

De lo anterior se colige que el Acto Legislativo transcrito, no dispuso protección alguna para los trabajadores -sujetos al régimen pensional general o a alguno especial- que a la entrada en vigencia de la reforma constitucional estuvieren próximos a pensionarse.

En efecto, sólo quienes estaban pensionados o cuyo derecho pensional se encontraba consolidado al momento de la entrada en vigencia de la norma constitucional, esto es, al 26 de julio de 2005, continuarán percibiendo la mesada catorce (14). Y sólo por vía de excepción, recibirían dicha mesada aquellas personas cuyo derecho se haya causado antes del 31 de julio de 2011, empero, siempre que en su caso el monto de la pensión sea igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época. Tal excepción es la única a la mencionada regla universal de eliminación de la mesada catorce (14) (parágrafo transitorio 6 del artículo 1).

Dicho beneficio universal, se insiste, fue eliminado por la reforma constitucional con una regla de alcance igualmente universal, esto es, aplicable a todos los regímenes pensionales.

Ahora bien, respecto a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tiene que la Ley 91 de 1989, que lo creó, en su artículo 8°, de igual manera estableció como fuente de sus ingresos, el 5% de cada mesada pensional devengada por su beneficiario, incluyendo las adicionales. Sin embargo, el porcentaje indicado en virtud de lo dispuesto por la Ley 812 de 2003[11], sería el que determinaran las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir, un 12%, porcentaje que finalmente, fue corroborado por la Ley 1250 de 2008, para los pensionados.

A pesar de lo anterior, a través de la Ley 43 de 1984[12], mediante su artículo 5°, había establecido la imposibilidad de disponer el descuento sobre la mesada adicional de diciembre, para sufragar el costo de la prestación asistencial atrás precisada. Esta prohibición fue reiterada por el Decreto Reglamentario 1073 de 2002, cuerpo normativo que desarrolló algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media.

Frente a la mesada adicional de junio la Sección Segunda del Consejo de Estado se pronunció mediante sentencia de fecha 03 de febrero de 2005, donde lo declaró

[11] **<<Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario>>**
[12] <<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>>

nulo, al vislumbrar que el Gobierno se había excedido en su potestad reglamentaria, en tanto que no había norma legal que lo impidiera, a diferencia de la pagadera en el mes de diciembre[13].

La misma Corporación en su Sala de Consulta y Servicio Civil[14], había considerado improcedentes los descuentos aludidos:

> *<<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 anterior, los descuentos en salud únicamente operan para las mesadas ordinarias y no para las mesadas adicionales, por la nulidad de la norma que lo permitía en la mesada de junio, y por norma que prohíbe hacerlo para la mesada de diciembre.

Bajo los argumentos expuestos, esta Sede Judicial venia accediendo a las pretensiones en las demandas en las que se reclamaba la suspensión y reintegro de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre; sin embargo, comoquiera que, la posición no fue unánime en la jurisdicción, **el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación el pasado 3 de junio de 2021**[15] y estableció la siguiente:

> *<<2. **REGLA DE UNIFICACIÓN***
>
> *86. **Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes.** Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales>> (Resaltado por el Despacho).*

[13] Sentencia Consejo de Estado de 3 de febrero de 2005. C. P. Ana Margarita Olaya Forero, proferida dentro del proceso No. 11001032500020020163.
[14] Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.
[15] Sección segunda, proferida dentro del proceso con radicado No. 66001333300020150030901, con ponencia del consejero William Hernández Gómez.

Además, precisó dicha Corporación que, la regla jurisprudencial fijada **aplica para todos los casos pendientes de solución, tanto en vía administrativa, como judicial,** salvo aquellos en los cuales haya operado la cosa juzgada

2.5. Caso concreto

Está demostrado en el plenario que los demandantes se vincularon como docentes a partir del 01 de enero de 1981 y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, al 26 de junio de 2003, así:

1. **RAFAEL MEZA BENITEZ:** Desde el 18 de febrero de 1992

ENTIDAD DONDE LABORO	FECHA		TOTAL DIAS
	INGRESO	CORTE	
SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA (Vinculación Temporal)	18/02/1992	30/11/1992	283
SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA (Menos 1 dia no Laborado)	08/02/1993	05/10/2014	7.797

y pensionado por el FOMAG desde el 06 de octubre de 2014.

ARTICULO PRIMERO: Reconocer al docente **RAFAEL MEZA BENITEZ,** identificado con CC 19.442.546, la PENSION VITALICIA DE JUBILACION, en cuantia de **$2.102.571.00** a partir del **06/10/2014** de acuerdo con la aprobación a la liquidación, impartido por la Fiduciaria la Previsora S.A.

2. **NUBIA INES BERNAL CASALLAS:** Desde el 16 de junio de 1988

ENTIDAD DONDE LABORO	FECHA		TOTAL DIAS
	INGRESO	CORTE	
SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA D.C. (Vinculación Temporal)	16/06/1988	01/12/1988	166
	16/01/1989	03/12/1989	318
	22/01/1990	02/12/1990	311
	21/01/1991	02/12/1991	312
	22/01/1992	02/12/1992	311
SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA D.C.	15/02/1993	13/07/2012	6989

Y pensionada desde el 14 de julio de 2012.

ARTICULO PRIMERO: Reconocer a la docente **NUBIA INES BERNAL CASALLAS**, identificada con CC No. **20.940.137**, por concepto de **PENSION MENSUAL VITALICIA DE JUBILACION**, la suma **de $1.943.764.00** a partir del **14/07/2012**, de acuerdo con la aprobación a la liquidación, impartido por la Fiduciaria la Previsora S.A.

3. **MARIA CONSUELO ULLOA GUERRERO:** Desde el 15 de julio de 1993

Que de acuerdo con la certificación expedida por el Profesional Especializado de la Oficina de Personal de la SED, la educadora ha venido prestando sus servicios desde el 15/07/1993, con vinculación vigente, nombrada por Resolución 1495 del 09/07/1993.

Y pensionada desde el 18 de enero de 2014.

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer a la docente **MARIA CONSUELO ULLOA GUERRERO,** identificada con la C.C. **41.781.763,** la **PENSION VITALICIA DE JUBILACION**, en cuantía de **$2.060.940.00,** a partir del **18/01/2014**, de acuerdo con la aprobación a la liquidación, efectuada por la Fiduciaria la Previsora S.A.

4. **MARIA DEL CARMEN ORJUELA CARDENAS:** Desde el 01 de febrero de 1993.

Que de acuerdo con el certificado de historia laboral 178646 del 27/09/2010 expedido por el grupo de certificaciones laborales de la Secretaria de Educación la educadora ha venido prestando sus servicios así: Nombrado por RES. 202 del 01/02/1993, a partir del 08/02/1993, con vinculación vigente.

Y pensionada desde el 26 de agosto de 2010.

ARTICULO PRIMERO: Reconocer a la **MARIA DEL CARMEN ORJUELA CARDENAS,** identificada con CC 41.672.670 por concepto de **PENSIÓN MENSUAL VITALICIA DE JUBILACION**, la suma de **$1.600.115.00** a partir del 26/08/2010, de acuerdo con la aprobación a la liquidación, impartido por la Fiduciaria la Previsora.

Por su fecha de vinculación, en principio, es claro que los demandantes podrían ser beneficiarios de la prima de medio año prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues se vincularon con posterioridad al año 1981.

Sin embargo, como quiera que consolidaron estatus pensional después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y está acreditado en el expediente que reciben una mesada adicional. Por consiguiente se debe analizar si se encuentran cobijados por las excepciones que allí se consagran para devengar 14 mesadas.

1. Que la prestación se haya causado antes del 31 de julio de 2011:

1.1 Rafael Meza Benítez: No lo cumple, toda vez que, como se dijo líneas atrás, consolidó su estatus pensional el 05 de octubre de 2014 y le fue reconocida la prestación a partir del 06 de octubre de 2014.

1.2 Nubia Inés Bernal Casallas: No se cumple, toda vez que, como se dijo líneas atrás, consolidó su estatus pensional el 13 de julio de 2012 y le fue reconocida la prestación a partir del 14 de octubre de 2012.

1.3 María Consuelo Ulloa Guerrero: No se cumple, toda vez que, como se dijo líneas atrás, consolidó su estatus pensional el 17 de enero de 2014 y le fue reconocida la prestación a partir del 18 de enero de 2014.

1.4 María del Carmen Orjuela Cárdenas: Se cumple, toda vez que, como se dijo líneas atrás, consolidó su estatus pensional el 25 de agosto de 2010 y le fue reconocida la prestación a partir del 26 de agosto de 2010.

2. Que la mesada pensional sea inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes

2.1 Rafael Meza Benítez: No se cumple, toda vez que, para el año 2014, los 3 SMLV equivalen a $1.848.000, mientras que la mesada pensional del demandante fue calculada en $2.102.571.

2.2 Nubia Inés Bernal Casallas: No se cumple, toda vez que, para el año 2012, los 3 SMLV equivalen a $1.700.100, mientras que la mesada pensional de la demandante fue calculada en $1.943.764.

2.3 María Consuelo Ulloa Guerrero: No se cumple, toda vez que, para el año 2014, los 3 SMLV equivalen a $1.848.000, mientras que la mesada pensional de la demandante fue calculada en $2.060.940.

2.4 María del Carmen Orjuela Cárdenas: No se cumple, toda vez que, para el año 2010, los 3 SMLV equivalen a $1.545.000, mientras que la mesada pensional de la demandante fue calculada en $1.600.115.

Entonces como quiera que los demandantes no cumplen con las condiciones para ser exceptuados del límite impuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, no resulta procedente acceder al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año.

Por otro lado está acreditado que los demandantes devengan pensión de jubilación

por parte del Fomag, que perciben mesada adicional en el mes de diciembre y que, para dicha mensualidad el descuento para salud corresponde al doble de lo que se le descuenta sobre las mesadas ordinarias.

Sin embargo, comoquiera que el Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en torno al tema, se impone para esta Sede Judicial el deber de **negar las pretensiones de la demanda**, toda vez que con la nueva interpretación resultan improcedentes los reclamados descuentos; así mismo, se precisa que, conforme a lo señalado en la misma sentencia, dicha interpretación resulta aplicable al caso concreto por tratarse de una controversia que se encuentra pendiente de resolución en sede judicial

2.6 Condena en costas y agencias en derecho

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA[9], en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse.

Para ello se advierte que, si bien, en el presente asunto la parte vencida es el extremo activo y aun cuando la parte pasiva solicitó en su escrito de contestación que se le condene en costas a la parte demandante, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 367 del CGP[16] y el numeral 8° del artículo 365[17] del mismo estatuto, estas deber ser tasadas y liquidadas de acuerdo con criterios **verificables** y solo habrá lugar a ellas **cuando aparezcan causadas y en la medida de su comprobación,** y en el presente asunto, la parte interesada no demostró su causación, por lo que, no se accederá a ellas.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022[18], en la cual no condenó en costas, por las siguientes razones:

<<No procede la condena en costas, pues conforme con el artículo 188 del CPACA, en los

---

16 <<Artículo 361. Composición Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.
Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios **objetivos y verificables en el expediente**, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes>>.
17 Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
(…) 8. Solo habrá lugar a costas **cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>.**
18 Sentencia proferida por la Sección Cuarta, con ponencia del consejero Milton Chaves García, dentro del proceso con radicado No. 73001233300020190037301.

procesos ante esta jurisdicción, la condena en costas, que según el artículo 361 del C.G.P. incluye las agencias en derecho, se rige por las reglas previstas el artículo 365 del Código General del Proceso, y una de estas reglas es la del numeral 8, según la cual "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación", requisito que no se cumple en este asunto>>.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá,** administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR configurados los actos fictos negativos originados por el silencio de la administración frente a las peticiones E- 2019-11-29-51 del 10 de julio de 2019, 20190322398412 del 11 de julio de 2019, E- 2019-102086 del 18 de junio de 2019, E-2019-124091 del 30 de julio de 2019, presentadas por los demandantes, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: SIN CONDENA en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: En los términos y para los efectos del poder general que obra en el archivo 28 y 29 del expediente digital, **RECONOCER** personería al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.211.391 de Bogotá, y portador de la Tarjeta Profesional No. 250.292, como APODERADO PRINCIPAL de la entidad demandada.

QUINTO: En los términos y para los efectos del memorial poder allegado con el escrito de alegaciones finales, **RECONOCER** personería para actuar en representación de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la Doctora **JENNY KATHERINE RAMÍREZ RUBIO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.030.570.557 de Bogotá, y portadora de la tarjea profesional No. 310.344 del C.S. de la J., como actual APODERADA SUSTITUTA, de conformidad con el poder de sustitución otorgado por el doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, visible en el archivo

39 del expediente digital.

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del CPACA, modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co;
procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co;
notjudicial@fiduprevisora.com.co; t_jkramirez@fiduprevisora.com.co;
abogado27.colpen@gmail.com

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.

OCTAVO: Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
Juez

MCPT/ljcb

Firmado Por:
Maria Cecilia Pizarro Toledo
Juez
Juzgado Administrativo
009
Bogotá, D.C. - Bogotá 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: **177b920333e945c5a9556a0650719bd3311db0450e273e2f0ad228186d4e7d1e**
Documento generado en 10/02/2023 05:17:47 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica