

**JUZGADO NOVENO (9) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCCIÓN SEGUNDA**



Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	11001-33-35-009-2018-00004-00
Demandante	MARIELA SAENZ BARRETO
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUPREVISORA S.A.
Asunto	SENTENCIA

Están las diligencias al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos de los artículos 13 del Decreto 806 de 2020 y 42 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso iniciado por la señora Mariela Sáenz Barrera contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG y Fiduprevisora S.A.

Asunto

La demanda tiene por pretensiones la declaración de nulidad del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición del 12 de mayo de 2015. Como consecuencia de ello solicita se le reconozca y pague la prima de medio año y se le reintegren los valores descontados por concepto de aportes en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre; así como que a futuro se suspenda su descuento.

Antecedentes

1. La demanda y su contestación

1.1. Pretensiones

Según el libelo inicial, la parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende:

“1. Se declare la nulidad del (la) Oficio Sin Fecha No 101040202 expedida(s) por el(la) Señor(a) Directora de Afiliaciones y Recaudos de Fiduprevisora S.A. que negó al

señor(a) SAENZ BARRERA MARIELA, el reintegro de todos los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 14 y mesada 13) le fueron descontados.

2. Se declare la nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo, conforme a la petición radicada el 12 de mayo del 2015, radicado No. E-2015-76776 ante la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTA - FONDO NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUPREVISORA S.A.

3. Se declare que el (la) señor (a) SAENZ BARRERA MARIELA, tiene derecho a que la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional) y la FIDUCIARIA LA PREVISORA-FIDUPREVISORA S.A. le reconozca y pague, a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal B) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 desde el reconocimiento de su pensión vitalicia de jubilación.

4. Se ordene a la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional) y la FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA S.A. reintegrar al señor (a) SAENZ BARRERA MARIELA los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales de junio y noviembre le fueron descontadas desde el reconocimiento de su pensión vitalicia de jubilación, sin aplicar la prescripción trienal, por cuanto de no ser así, habría un enriquecimiento sin justa causa.

5. Se ordene a la NACIÓN (Ministerio de Educación Nacional) y la FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA S.A., que a futuro no se le realicen al señor (a) SAENZ BARRERA MARIELA los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y noviembre.

6. Condenar a la entidad demandada a pagar a favor de mi mandante, el valor de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, con los correspondientes reajustes de ley, desde la fecha de la adquisición del status de pensionado, es decir, a partir del día que cumplió los requisitos de edad y tiempo.

7. Condenar a la entidad demandada a pagar a favor de mi mandante, los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales de junio y noviembre le fueron descontadas, con los correspondientes reajustes de ley, desde la fecha de la adquisición del status de pensionado, es decir, a partir del día que cumplió los requisitos de edad y tiempo.

8. Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 192 numerales 1, 2 y 3 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

9. Condenar a la entidad demandada a que, sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

10. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la ley 1437 de 2011.

11. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.”

1.2. Fundamentos fácticos

Como fundamentos facticos de sus pretensiones narró:

- “1. Mediante Resolución No. 01838 - 28/JUN/2005 el (la) Representante del Ministerio de Educación Nacional ante Bogotá D.C. reconoció a mi poderdante la pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 16 de febrero de 2002.
2. La mencionada Resolución determinó la cuantía de la pensión de mi representado (a) en la suma de \$ 1.143.337 M/CTE.
3. Mi poderdante mediante petición radicada el 12 DE MAYO DEL 2015 RADICADO No. E-2015-76776 solicitó a la Entidad (es) demandada (s) el reconocimiento y pago de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal B numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, y el reintegro de todos los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 14 y mesada 13) le fueron descontados.
4. La entidad accionada realiza el pago de la mesada adicional del mes de diciembre, en el mes de noviembre y de la misma forma realiza los descuentos para salud de esa mesada adicional en el mes de noviembre.
5. FIDUPREVISORA S.A. a través del (los) Oficio Sin Fecha No. 101040202, Radicado No. 20150160490921 - 22/06/2015, expedido por el (la) Directora de Afiliaciones y Recaudos de Fiduprevisora S.A., negó el reconocimiento y pago del reintegro de todos los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 14 y mesada 13), informando a mi (s) mandante (s) que:

“(…)
Esta comunicación no posee el carácter de Acto Administrativo por cuanto FIDUPREVISORA S.A. carece de competencia para expedirlos, solamente obra en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
(…)”
6. La anterior respuesta no responde de fondo la solicitud presentada a la entidad accionada, sobre el Reconocimiento y Pago de la Prima de Medio Año equivalente a una mesada pensional y reintegrar los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales le fueron descontados a mi representado(a).
7. Igualmente a la fecha de presentar esta demanda la(a) Entidad(es) no le ha comunicado a mi representado (a) ninguna decisión de fondo que resuelva la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal B) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y reintegrar los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales fueron descontados a mi representado(a) de manera favorable o desfavorable.”

1.3. Fundamentos de derecho

Invocó las previsiones de la Constitución Política de Colombia, artículos 1º, 2º, 6º, 48 Parágrafo transitorio 1º, 53, 58 y 336; y literal B numeral 2 del artículo 15, numeral 5º del artículo 2º de la Ley 91 de 1989; artículo 115 de la Ley 115 de 1994 y artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Sostiene que el acto administrativo demandado adolece de falsa motivación, en tanto y en cuanto, no "entiende" que la prima de mitad de año equivale a una mesada

pensional, y que esta es diferente a la mesada adicional del mes de junio, pues la primera (es decir, la contemplada en el literal B numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989) surgió como compensación a la pérdida de la pensión gracia para esta franja de docentes (1º de enero de 1981 en adelante) y la segunda, se creó con la Ley 100 de 1993 en su artículo 142.

Afirma que el acto ficto o presunto demandado, interpreta erróneamente las normas que rigen la materia en cuanto a los descuentos en mesadas adicionales de junio y noviembre (mesada 14 y mesada 13), por cuanto no existe norma que ordene sus descuentos.

Indica que, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" en sentencia de 19 de abril de 2012, señaló que a partir del 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003) se hicieron extensivas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio las disposiciones que en materia de descuentos para salud consagró la Ley 100 de 1993, las cuales en lo referente a las mesadas adicionales (junio y diciembre) no ordenaron descuento alguno y, que el numeral 5 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente por la Ley 812 de 2003, no solo frente al porcentaje sino también a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, pues la Ley 100 de 1993 al regular en sus artículos 50 y 142 la mesada adicional de diciembre y junio, respectivamente, no previó que sobre éstas se hicieran descuentos de salud.

Por último, y con fundamento en el fallo del 29 de abril de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", sostiene que al haber realizado, la entidad de previsión social, descuentos sobre "factores" que no se encuentran taxativamente contemplados en la norma, en virtud del principio de equidad y coherencia, se deben reembolsar al pensionado, de lo contrario, "sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración".

1.4. Trámite del proceso

Inicialmente, la demanda fue inadmitida en providencia del 05 de marzo de 2018, pero ante la subsanación¹ allegada por el apoderado accionante, con Auto del 28 de mayo de 2018 se admitió.

¹ Subsanación que consistió en la solicitud de nulidad del oficio No. 101040202 del 22 de junio de 2015, por medio del cual la Fiduciaria La Previsora S.A. únicamente se pronunció sobre el reintegro de los descuentos efectuados por salud, en el sentido de negarlos.

Las demandadas: Nación- Ministerio de Educación Nacional– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A. no contestaron la demanda dentro del término legal para ello.

En proveído del 08 de abril de 2019, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual, previa citación a las partes se llevó a cabo el 28 de mayo de 2019.

En esa oportunidad, el Despacho sustanciador declaró probadas de oficio las excepciones de Inepta demanda parcial por falta de agotamiento del requisito de conciliación prejudicial, respecto de la pretensión de suspensión y reintegro de los descuentos para salud; y falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora S.A.; por tanto, resolvió continuar el proceso respecto de las pretensiones de reconocimiento y pago de la prima de medio año, teniendo como demandada únicamente a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Contra la anterior decisión la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en efecto suspensivo ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda.

El conocimiento de la alzada correspondió por reparto a la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la que, con pronunciamiento del 4 de marzo de 2020, revocó el auto recurrido² y ordenó la reanudación de la actuación correspondiente contra las entidades inicialmente demandadas.

Mediante Auto de 30 de noviembre de 2020, amparado en el Decreto 806 de 2020 (numeral 1 del artículo 13), entre otros, este Despacho Judicial ordenó obedecer y cumplir la decisión proferida por el *ad quem*; además prescindió de la celebración de la continuación de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) y corrió traslado para alegar por el término de ley con el fin de dictar sentencia anticipada.

² En relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva aclaró que *“la Fiduciaria la Fiduprevisora S.A., como administradora de los recursos del Fomag, tiene capacidad jurídica y procesal para responder por los actos derivados de la administración de los recursos de dicho fondo, por lo que debe integrar el contradictorio, junto con el Ministerio de Educación Nacional”*

1.5. Los alegatos de conclusión

En proveído del 30 de noviembre de 2020, el Despacho corrió traslado para alegar y para rendir concepto. Sin embargo, tanto el Agente del Ministerio Público, como las partes guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

De conformidad con lo expuesto, el *sub lite* se contrae a determinar si la actora: **(i)** tiene derecho o no a que las entidades demandadas Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora S.A., le reintegren los dineros descontados sobre sus mesadas adicionales de junio y diciembre, por concepto de aportes en salud y a que en adelante se ordene la suspensión de dichos descuentos; y **(ii)** tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el literal B numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2.2. De lo acreditado en el proceso

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas documentales:

- 2.2.1.** Cédula de ciudadanía de la actora.
- 2.2.2.** Resolución No. 1839 del 28 de junio de 2005, por medio de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), reconoció a la demandante pensión de jubilación por aportes.
- 2.2.3.** Comprobante de pago de la mesada de junio y de noviembre de 2016.
- 2.2.4.** Oficio radicado ante el "Secretario de Educación de Bogotá D.C.- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FIDUPREVISORA S.A.", el 12 de mayo de 2015, radicado con el número E-2015-76776, mediante el cual la peticionaria solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional y el reintegro de los valores que

por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales le fueron descontados.

- 2.2.5.** Oficio del 22 de junio de 2015, radicado No. 20150160490921 del 22 de junio de 2015, expedido por el(la) Directora de Afiliaciones y Recaudos de Fiduprevisora S.A. mediante el cual, negó a la demandante el reconocimiento y pago del reintegro de todos los valores descontados, por concepto de aportes para salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 14 y mesada 13), argumentando:

"(...) quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una lex tertia, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfigura totalmente la regulación establecida por la Constitución y la Ley en materia de seguridad".

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 el primer caso, el artículo 83 del C.P.A.C.A., señala:

*"Silencio administrativo. 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 el presente proceso se encuentra probado que el 12 de mayo de 2015, la demandante radicó petición dirigida a "Secretario de Educación de Bogotá D.C.- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FIDUPREVISORA S.A.", en la que solicitó el reintegro de todos los valores que por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 14 y mesada 13) le fueron descontados; adicionalmente, solicitó la suspensión de dichos descuentos a futuro. Así mismo, petitionó el reconocimiento y pago de la mesada adicional contemplada en el literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Por su parte, el 22 de junio de 2015, la Fiduprevisora S.A. dio contestación parcial, en el sentido de negar el reintegro de los valores descontados de sus mesadas adicionales por concepto de aportes para salud, pero no resolvió respecto de las demás pretensiones; por lo tanto, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio se generó el silencio administrativo negativo.

En este punto, evidencia el Despacho que, si bien es cierto la petición fue contestada de manera extemporánea, lo fue antes de la notificación de la admisión de la demanda, por lo cual la entidad aun contaba con competencia para la expedición de tal acto administrativo, de acuerdo con lo contemplado en el inciso tercero del artículo 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1. Descuento para salud sobre las mesadas pensionales adicionales

La Ley 43 de 1984, "por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del Poder Público y se dictan otras disposiciones", estableció la no procedencia del descuento sobre la mesada adicional de diciembre, de la siguiente manera:

"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.

³ "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.

Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente Ley tendrán las exenciones tributarias de ley.” (Resaltado fuera de texto original).

Esta prohibición fue reiterada por el Decreto **1073 de 2002**, “*por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988*”, que precisó:

“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 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales” (Resaltado fuera del texto original).

Frente al descuento a la mesada de junio, el Consejo de Estado⁴ declaró nulo el referido parágrafo, al vislumbrar que el Gobierno había excedido su potestad reglamentaria, en tanto que, a diferencia de lo que ocurría con la mesada adicional de diciembre, no había norma legal que impidiera realizarlo.

Sin embargo, esos descuentos por salud sobre las mesadas adicionales fueron objeto de pronunciamiento por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Alta Corporación, con ponencia del Magistrado Dr. Augusto Trejos Jaramillo, en el concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997, en el que indicó:

“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. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas*

⁴ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “A”; consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero (E); Sentencia de 3 de febrero de 2005; Radicación número: 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02).

ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste". (Resaltado fuera de texto original).

En conclusión, en el régimen general, las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino de pagos al sistema general de seguridad social en salud.

Así las cosas, considera el Despacho que, con la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989 desde la fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003) y con base en el Concepto antes referido, el régimen general en materia de descuentos pensionales para salud resulta aplicable a los docentes oficiales, en el entendido que se hizo extensivo a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aclarado lo anterior, en el *sub examine* se encuentra probado que, a la demandante desde la fecha de efectividad de su pensión, la Fiduciaria La Previsora S.A. mensualmente le ha hecho descuentos con destino al "servicio médico", sobre las mesadas pensionales adicionales, los cuales no tienen fundamento legal, razón por la que deberán ser reintegrados.

Ahora bien, en cuanto al fenómeno jurídico de la **prescripción**, tenemos que la pensión de la demandante se hizo efectiva desde el 16 de febrero de 2002, conforme a la Resolución No. 01839 del 28 de junio de 2005, de lo que se deriva que en junio de ese mismo año se efectuó el primer descuento con destino a salud sobre la mesada pensional; empero hasta el 12 de mayo de 2015, la demandante solicitó la devolución y suspensión de los descuentos en salud y reconocimiento y pago de la mesada adicional contemplada en el literal B numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Posteriormente, el 12 de enero de 2018, antes de transcurridos 3 años de la petición, la actora radicó la presente demanda.

En ese orden de ideas, y con fundamento en lo preceptuado en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, hay lugar a declarar la prescripción de los descuentos efectuados con anterioridad al **12 de mayo de 2012**.

3.2. Reconocimiento de la mesada adicional de junio -Mesada 14-

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-461 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, precisó que la finalidad de la mesada catorce es compensar la

pérdida de poder adquisitivo de las pensiones causada por la inflación. Así mismo, aclaró que con los efectos de la declaratoria de inexecuibilidad de la sentencia C-409 de 1994 se extendió el beneficio de la mesada adicional a todos los pensionados cobijados por la Ley 100 de 1993, y que en el caso de los docentes la norma aplicable es el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Igualmente, resaltó que según el literal b) del citado numeral los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados, y todos los nombrados desde el 1 de enero de 1990 tienen derecho a una sola pensión del 75% del salario mensual promedio del último año, en consonancia con el régimen vigente para los pensionados el sector público nacional, y que también percibirían una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

En este orden de ideas, la Corte concluyó que los docentes *"quienes son acreedores a la pensión de gracia y quienes fueron vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, cuentan con un beneficio asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993". Agregando que "existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100)".*

Ahora bien, el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, ordenó que las pensiones causadas (adquisición del estatus pensional) después de su vigencia, con cuantía superior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes solo comprenden 13 mesadas, eliminando entonces la mesada 14. Y, frente a las pensiones iguales o inferiores a tres SMLMV dispuso que serían 14 mesadas solo si el derecho pensional se causó antes del 31 de julio de 2011. En efecto dice el Acto Legislativo:

*"(...) 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".*

Y en cuanto a los docentes, el parágrafo transitorio 1 ídem prevé: *"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al*

servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

Por otro lado, la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. Cesar Palomino Cortés, mediante Sentencia del 25 de abril de 2019⁵, estudió lo relacionado con el tema, así:

"El artículo 142 de la Ley 100 de 1993 dispone que "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 (1o) 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".

El texto "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988" fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-409 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara, al considerar que el límite temporal previsto en la norma constituía una discriminación en el mismo sector de pensionados, sin justificación alguna. La Corte expuso los siguientes argumentos:

"Para la Sala resulta evidente que al consagrarse un beneficio en favor de los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1o. de enero de 1988", consistente en el pago de una mesada adicional de treinta (30) días de la pensión que les corresponde a cada uno de ellos, la cual se "cancelará con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994", excluyendo a las pensiones causadas y reconocidas con posterioridad al 1o. de enero de 1988, se deduce al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, una clara violación a la prohibición de consagrar discriminaciones en el mismo sector de pensionados, otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988.

Considera la Corte que la desvalorización constante y progresiva de la moneda, que conlleva la pérdida del poder adquisitivo del salario, originado en el fenómeno inflacionario, es predicable para los efectos de decretar los reajustes anuales a todas las pensiones de jubilación sin distinción alguna. Pero ello no puede constituir fundamento de orden constitucional para privar de un beneficio.

*Vale decir entonces que para la Corte Constitucional **prima facie no hay lugar al reconocimiento de la mesada catorce prevista en la Ley 100 de 1993 para los docentes, salvo en el caso de "aquellos docentes vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no son acreedores de la pensión de gracia, un beneficio sustantivo que produzca los mismos***

⁵ Radicación número: 05001-23-31-000-2011-01551-01(0319-14)

efectos de la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100". Por este motivo declaró que "**los maestros vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, [tienen derecho a] un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993**". (Resaltado del Juzgado)

Por consiguiente, observa el Despacho que la demandante se vinculó como docente nacional el 8 de julio de 1993, esto es con posterioridad al 01 de enero de 1981, por lo que no hay lugar al reconocimiento de la mesada 14. Además, aunque adquirió el estatus pensional el 16 de febrero de 2002⁶, es decir, antes del 31 de julio de 2011 (fecha señalada en el Acto Legislativo 01 de 2005), su pensión superó los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes pues para el año 2002 -en el que le fue reconocida la pensión⁷-, equivalían a \$927.000 pesos, teniendo en cuenta el salario fijado por el Decreto 2910 de 2001, que para el año 2002 fue de \$309.000 pesos.

En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la prima de medio año contemplada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 a favor de la actora, por lo que se negará la pretensión.

4. Conclusión

Se declarará la nulidad parcial del acto administrativo acusado, únicamente en cuanto negó a la demandante la devolución de los descuentos por concepto de salud, efectuados a las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre.

En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la fiduciaria La Fiduprevisora S.A., reintegrar a favor de la actora, el valor debidamente actualizado, de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, con efectos fiscales desde el 12 de mayo de 2012, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, en los términos previstos en el artículo 187 del CPACA, disponiendo el cumplimiento de la sentencia conforme a lo previsto en los artículos 192, 194 y 195 ibídem.

⁶ Según resolución No. 01839 de 28 de junio de 2005.

⁷ Le fue reconocida una mesada correspondiente a \$1'143.337 M/cte

Igualmente, se le ordenará a la demandada que se abstenga de continuar efectuando dichos descuentos. Y se negaran las demás pretensiones conforme a lo expuesto en anterioridad.

5. Condena en costas

Finalmente, el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 188, y el artículo 365 del CGP, establecen la posibilidad de condenar en costas, si hubiere lugar a ello; sin embargo, en el caso concreto las pretensiones se accederán solo parcialmente y además no se observa que la entidad encausada haya actuado de mala fe, o abusando del ejercicio de sus derechos procesales, o con temeridad; por lo tanto y conforme con lo expuesto no se condenará en esta instancia procesal.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción de los descuentos de salud causados con anterioridad al 12 de mayo de 2012, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en relación con la petición presentada el 12 de mayo de 2015, relacionada con el reconocimiento y pago de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal B) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del oficio 101040202 (radicado 20150160490921) del 22 de junio de 2015 proferido por la FIDUPREVISORA S.A. -en cuanto negó a la actora la suspensión y reintegro de los descuentos efectuados para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre-.

CUARTO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho, a la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** y a la **Fiduciaria la Previsora S.A.**, a **REINTEGRAR** a favor de Mariela

Sáenz Barrera, identificada con cédula de ciudadanía 41.492.869, el valor de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre aplicando el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de los descuentos efectuados con anterioridad al 12 de mayo de 2012; además deberán abstenerse de seguir efectuando los mencionados descuentos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Dese cumplimiento a la sentencia, dentro de los términos previsor en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: Notificar la presente decisión a las partes, remitiéndose copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.C.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

contacto@abogadosomm.com

notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co

procesos@defensajuridica.gov.co

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, archívese el expediente previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso descontando los causados.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO

Jueza

MBG

Firmado Por:

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 009 ADMINISTRATIVO 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:

27b7a0a63d820470a4d980c02276296434d8589a71a52cc6776144178001c053

Documento generado en 21/04/2021 12:16:33 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>