REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA[1]

Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

EXPEDIENTE No.:	**11001-33-42-046-2020-00341-00**[2]
DEMANDANTE:	**BERTA CECILIA APARICIO BÁEZ**
DEMANDADO:	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – Y OTROS.**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

Berta Cecilia Aparicio Báez, identificada con C.C. No. 51.812.800, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG –, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

---

[1] **Correos electrónicos**: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Para la recepción de memoriales solo está disponible el siguiente correo electrónico: **correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co**

[2] 11001334204620200034100 (solo podrán ingresar al enlace los sujetos procesales, para lo cual deberán hacerlo desde los correos informados al despacho para efectos de notificaciones judiciales).

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda de formularon las siguientes:

> "PRIMERO: Solicito que se declare la NULIDAD del Oficio No. S-2019-91679 del 14 de mayo de 2019, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá D.C., 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 GUARDA SILENCIO, respecto del reconocimiento y pago de la prima de mitad de año establecida en el Artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
>
> SEGUNDO: Solicito que se declare la NULIDAD del ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO, en razón a que la entidad demandada – Secretaría de Educación de Bogotá D.C., - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá D.C., NO realizó pronunciamiento de fondo sobre el derecho de petición No. E-2019-79718 del 09 de mayo de 2019, respecto del reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
>
> TERCERO: Solicito que se declare la NULIDAD del Oficio No. 20191071433511 del 28 de junio de 2019 proferido por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., 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 se NEGÓ la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
>
> CUARTO: Que como consecuencia de la declaratoria de la NULIDAD de los actos administrativos identificados en los numerales anteriores, se CONDENE a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOGOTÁ D.C., y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a proferir el acto administrativo que ORDENE:
>
> 4.1 Ordenar el reintegro de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de junio y/o diciembre de cada año, según corresponda, desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia.
>
> 4.2. Ordenar a la entidad demandada SUSPENDER los descuentos por Seguridad Social (Salud) sobre las mesadas pensionales adicionales de cada año que se cause a partir de la sentencia.
>
> 4.3. Ordenar el RECONOCMIENTO y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
>
> QUINTO: Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar la INDEXACIÓN sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de la reliquidación pensión de jubilación, referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago conforme a lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.
>
> SEXTO: Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011".

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. Mediante la Resolución No. 1258 de 26 de febrero de 2013, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a Berta Cecilia Aparicio Báez.

2. La demandante solamente goza de la pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3. Desde el primer pago de la mesada, a la demandante se le han efectuado descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.

4. Mediante derecho de petición radicado ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio bajo el No. E-2019-79718 de 09 de mayo de 2019, la demandante solicitó el reintegro y la suspensión de los descuentos efectuados por concepto de salud aplicados en las mesadas adicionales y el pago de la prima de mitad de año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

5. Mediante Oficio No. S-2019-91679 del 14 de mayo de 2019, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, se negó el reintegro y la suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales y se guardó silencio respecto de la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, e informa que por competencia se traslada la petición a la FIDUPREVISORA S.A.

6. A través de petición radicada bajo el No. 20190321886492 del 10 de junio de 2019, presentado ante la Fiduciaria La Previsora S.A., la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Asimismo, solicitó el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

7. La Fiduciaria La Previsora S.A. negó las solicitudes indicadas en el numeral anterior, mediante Oficio No. 20191071433541 del 28 de junio de 2019.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Ley 91 de 1989, Ley 100 de 1993, decreto 1073 de 2002, Ley 812 de 2003 y demás normas concordantes.

1.1.4 CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse. Arguye que la demandante tiene derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año prevista en el artículo 15 de la Ley 81 de 1989, toda vez que aquella no percibe la pensión gracia.

Finalmente, manifiesta que los descuentos efectuados por concepto de aportes sobre las mesadas adicionales que percibe la demandante no tienen fundamento jurídico, por tanto, constituyen un abuso, toda vez que se hacen descuentos sobre 14 mesadas, pero la prestación del servicio se realiza en 12 meses.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda[3]

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda. Como argumento de defensa, señaló que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 3 de junio de 2021, precisó que los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales son procedentes.

De otra parte, sostiene que la mesada adicional que solicita la accionante tiene como fundamento la compensación a los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia. Además, indica que, respecto de la mesada adicional de mitad de año, la Corte constitucional estableció, en sentencia C-461 de 1995, que: i) la mesada adicional consagrada al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ii) que la pensión gracia es una prestación económica equivalente a la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, y iii) que los afiliados al régimen especial docente que no sean beneficiarios de la pensión gracia ni sean beneficiarios de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 son beneficiarios de la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de 1993.

Aunado a lo anterior, señala que el Acto Legislativo 01 de 2005 prohibió de forma expresa que los pensionados, incluidos los docentes afiliados a FOMAG, recibieran más de 13 mesadas pensionales, salvo cuando se consolide el derecho pensional antes de 31 de julio de 2011 y cuando la pensión otorgada sea inferior o igual a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

---

[3] Documento 5 del expediente.

1.2.3 Alegatos

En virtud de lo dispuesto en el artículo 182A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adicionado por la Ley 2080 de 25 de enero de 2020, que estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, el despacho corrió traslado a las partes y al ministerio público por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión y concepto por escrito, respectivamente, mediante proveído del 10 de junio de 2022[4].

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

Parte demandada[5]: La apoderada de la entidad demandada reiteró los argumentos de defensa esbozados en la contestación de la demanda la contestación de la demanda. En consecuencia, solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

La **parte demandante** y el agente del **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico

En el caso objeto de debate se contrae a determinar: Si Berta Cecilia Aparicio Báez tiene derecho a que le reintegren, y, en consecuencia, le suspendan los aportes efectuados por concepto de aportes a la seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales; y a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- Que mediante Resolución No. 2704 de 13 de marzo de 2018[6], la entidad demandada le reconoció a la señora Berta Cecilia Aparicio Báez una pensión mensual de jubilación, a partir del 30 de septiembre de 2017.

---

[4] Documento 10 del expediente.
[5] Documento 12 del expediente.
[6] Páginas 26-27 documento 1 del expediente.

- El día 9 de mayo de 2019, la demandante presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá solicitud de reconocimiento de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y de reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales[7].

- Mediante Oficio No. S-2019-91679 de 14 de mayo de 2019[8], la Secretaría de Educación de Bogotá le informó a la demandante que había remitido su solicitud a la Fiduciaria La Previsora S.A., por competencia, a través del Oficio No. S-2019-91663 de 14 de mayo de 2019.

- El día 10 de junio de 2019, la accionante solicitó ante la Fiduciaria La Previsora S.A., entre otras, el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y la devolución de los dineros descontados por concepto de aportes a la salud sobre las mesadas adicionales y la suspensión de dichas deducciones[9].

- Con Oficio No. 20191071433541 de 28 de junio de 2019[10], la Fiduciaria La Previsora S.A. negó la petición presentada por la parte actora, relacionada con el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y la devolución de los dineros descontados por concepto de aportes a la salud sobre las mesadas adicionales y la suspensión de dichas deducciones.

2.3 Marco Normativo y jurisprudencial.

2.3.1 Del silencio administrativo

Procede el Despacho a precisar si en el caso bajo estudio, operó el fenómeno del silencio Administrativo respecto de la solicitud elevada por la señora Berta Cecilia Aparicio Báez ante el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –, el día 9 de mayo de 2019.

Sea lo primero, aclarar que el silencio administrativo conlleva en sí mismo una manifestación negativa o positiva de voluntad de la administración, generada por la omisión de dar respuesta a las peticiones, por tanto, se trata de un verdadero acto administrativo al que se le ha denominado “acto ficto o presunto”.

El artículo 83 del CPACA, respecto del silencio administrativo negativo dispone:

> “**ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO.** Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

[7] Página 30 del documento 1 del expediente.
[8] Páginas 32-36 del documento 1 del expediente.
[9] Página 38 documento 1 del expediente.
[10] Páginas 40-41 documento 1 del expediente digital.

> 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.”.

Conforme a la precitada norma, se tiene que en el caso bajo estudio está demostrado que la parte actora radicó, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, derecho de petición el día 9 de mayo de 2019, en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, así como también el reintegro y suspensión de los valores descontados por concepto de aportes a la salud sobre las mesadas adicionales; sin embargo, hasta la fecha la entidad no ha emitido respuesta alguna; por tanto, y como quiera que no obra en el expediente respuesta de fondo, se considera que se configuró el silencio administrativo negativo.

Aclarado lo anterior procede, el Despacho a establecer si el acto ficto negativo proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y demás actos demandados, están incursos en causal de nulidad que amerite su declaratoria, y en tal sentido, ordenar las condenas solicitadas como restablecimiento del derecho.

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

2.3.2 De la mesada 14

La mesada catorce o mesada adicional de junio, fue creada por el legislador, mediante en artículo 142 de la Ley 100[11]. Aquella sería percibida por los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, equivalente a 30 días de la pensión, que se cancelaría con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

La mesada catorce, según lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-529-96, fue creada con el fin de evitar la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, bajo el entendido que los pensionados “en virtud de su situación y posición en la sociedad, requieren de una atención especial por parte del Estado”

No obstante, el constituyente secundario, con la finalidad de garantizar la sostenibilidad fiscal del sistema pensional, dispuso, a través del acto legislativo 01 de 2005, la imposibilidad de percibir más de trece mesadas pensionales, salvo si la cuantía pensional fuere inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes, siempre que la pensión se cause con anterioridad al 31 de julio de 2011.

Al respecto, las referidas normas disponen:

> "Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.
> (…)
> **PARÁGRAFO TRANSITORIO 6o.** <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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."

Esto significa que la mesada adicional de junio o mesada 14, fue eliminada para quienes se pensionaran a partir de la entrada en vigor de dicho acto legislativo, salvo, para quienes i) tuvieran reconocida su pensión con anterioridad al Acto Legislativo citado (25 de julio de 2005); ii) No estando pensionado a dicha calenda, hubieren causado el derecho con anterioridad al 25 de julio de 2005, es decir, quienes cumplieran a esa fecha los requisitos para pensión aunque no se hubiere reconocido; y iii) devenguen una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre y cuando la misma se cause antes del 31 de julio de 2011.

Ahora bien, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estableció el reconocimiento y pago de una prima en el mes de junio en favor de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1989 y que no percibieran la pensión gracia. No obstante, la Corte Constitucional en sentencia C-080 de 1999, determinó que también tenían derecho a dicha mesada los docentes que se hubieren vinculado con anterioridad a dicha calenda.

De acuerdo a lo expuesto, se evidencia que respecto del reconocimiento y pago de la mesada de junio o mesada catorce los docentes, dicha prestación tiene fundamento en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989[11]; sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se creó la mesada pensional para todos los regímenes para todos los pensionados a partir de 1994 (artículo 14),

---

[11] **ARTÍCULO 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:
(…)
Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional **y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional**." (énfasis agregado).

excluyéndose de aquel a los retirados de la fuerzas militares y a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por virtud del artículo 279 ibídem.

Posteriormente, se expidió la Ley 238 de 1995 que extendió los beneficios establecidos en el artículo 14 (reajuste con el IPC) y en el artículo 142 (mesada 14), para los a los retirados de las fuerzas militares y a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De modo que, al desaparecer los regímenes pensionales especiales, y como consecuencia de ello, la prima de mitad de año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se concluye que los docentes solamente podrían tener derecho al reconocimiento de la mesada 14 en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005.

2.3.3. De los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales

Los docentes a pesar de ser servidores públicos con prerrogativas especiales en materia salarial y prestacional, no gozan de un régimen especial de pensiones, por lo tanto, el régimen aplicable para tal efecto es el de los servidores públicos.

La Ley 4 de 1976, reguló la materia pensional de los sectores públicos, oficial, semioficial y privado, y respecto de la mesada adicional de diciembre precisó lo siguiente:

> "ARTICULO 5o. Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión."

Y en su artículo séptimo, puntualizó que tales mesadas adicionales no serán objeto de descuento alguno.

> "ARTICULO 7°. -La mensualidad adicional de que trata el artículo 5° de la Ley 4a. de 1976 **no será objeto de descuento alguno**, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones."

Asimismo, la Ley 43 de 1984 (Art.5), dispuso la prohibición de descuentos sobre la mesada adicional de diciembre:

> "ARTÍCULO 5º.- A los pensionados a que se refiere la presente Ley, **no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional"** (énfasis agregado).

Las normas precitadas permiten inferir que no pueden hacerse deducciones o descuentos de la pensión de invalidez por concepto de aportes en salud respecto de la mesada adicional de diciembre.

No obstante, el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 previó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, estaría constituido, entre otros recursos, por los derivados del 5% que pague el fondo **incluidas las mesadas pensionales adicionales** como aporte de los pensionados. De modo que, la normatividad anteriormente citada, y que prohibía realizar descuentos por concepto de salud quedaron derogadas por virtud de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud, de conformidad con lo previstos en los artículos 2 de la Ley 4 de 1966[12], 37 del Decreto 3135 de 1968[13], artículo 90 del Decreto 1848 de 1969[14]. Sin embargo, esta Ley estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate. Es decir, sin excepción alguna, resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado.

Por su parte el **Decreto 692 de 1994**, reglamentario de la Ley 100 de 1993, indica que las entidades pagadoras de pensiones efectuarán el reajuste establecido por la diferencia entre la cotización que venían pagando los pensionados y la nueva cotización, sin sobrepasar el 12%.

> "ARTICULO 42. REAJUSTE PENSIONAL POR INCREMENTO DE APORTES EN SALUD. A
> (…)
> Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.
>
> PARAGRAFO. Lo previsto en el presente artículo se entenderán sin perjuicio de que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reduzca la cotización en salud de los pensionados en relación con el número de beneficiarios, caso en el cual el reajuste de la mesada se hará por la diferencia entre lo que se venía cotizando y el valor señalado por el Consejo" (Negrita del Despacho).

---

[12] "**ARTÍCULO 2º.-** Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma así:
(…)
PARÁGRAFO. - Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional."

[13] **ARTÍCULO 37.** ***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.

[14] **ARTÍCULO 90.-** *Prestación asistencial.*
(…)
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.

El **Decreto 1073 de 2002**, regula algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales como a continuación se transcribe:

> "ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, **deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.**
> (…)
> **Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley** y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, FOPEP, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.
>
> **PARÁGRAFO.** De conformidad con los artículos 50 y 152 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.**"** (énfasis agregado)

Posteriormente, el legislador, mediante la Ley 812 de 2003 (art. 81), dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-389/04 al referirse sobre la constitucionalidad de la referida norma, puntualizó:

> "(…)
> La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción - corresponderá a la suma de aporte que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores´. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003
> (…)".

De lo aquí expuesto, se concluye que a los docentes pensionados se les puede efectuar descuentos respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre,

y así lo indicó el Consejo de Estado en sentencia de Unificación Jurisprudencial de 03 de junio de 2021[15], al determinar 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.*"

3. Caso Concreto.

De lo demostrado en el proceso, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, mediante la Resolución No. 2704 de 13 de marzo de 2018, le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a Berta Cecilia Aparicio Báez, a partir del 30 de septiembre de 2017.

Igualmente, se encuentra acreditado que a la demandante se le viene haciendo descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, como se observa en la certificación allegada con la demanda (página 44 del documento 1 del expediente).

Ahora, bien de acuerdo al régimen pensional aplicable a la demandante, no es posible el reconocimiento y pago de la mesada catorce, toda vez que, como antes se indicó, la señora Berta Cecilia Aparicio Báez adquirió su estatus pensional el **29 de septiembre de 2017**, lo que permite concluir que para la fecha de publicación del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), la accionante no había causado su derecho pensional.

En consecuencia, la jubilación del demandante se causó después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, lo que permite concluir que la señora Berta Cecilia Aparicio Báez no tiene derecho a la mencionada mesada catorce, pues dicho acto legislativo en el inciso octavo (8) del artículo primero (1), suprime la mesada catorce, al indicar que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del mismo, no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año.

De otra parte, se observa que la pensión de jubilación que percibe la demandante, si bien se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, cierto es que su cuantía pensional superaba los 3 SMMLV, por tanto, Berta Cecilia Aparicio Báez no es beneficiaria de la excepción contemplada en el parágrafo transitorio 6º del artículo 48 de la Constitución Política.

En caso de similares pretensiones y de reciente data, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, Subsección E, señaló:

> "De acuerdo con lo anterior, se tiene que la demandante consolidó su estatus pensional el 19 de diciembre de 2014 cuando cumplió con los requisitos de

[15] CE, SCA, S2, radicado No. 66001-33-33-000-2015-00309-01 (0632-2018), SUJ-024-CE-S2-2021, consultable en https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/245/66001-33-33-000-2015-00309-01.pdf

> edad y tiempo de servicios, por lo tanto, no le asiste derecho al reconocimiento de la prima de medio año, en virtud de las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 001 de 2005 a la legislación pensional para todos los regímenes, estableciendo que nadie podía devengar más de 13 mesadas al año.
>
> Vale la pena aclarar que no son de recibo los argumentos de la parte actora, conforme los cuales dicho limitante introducido por el Acto Legislativo 001 de 2005 se refiere únicamente a la mesada catorce prevista en la Ley 100 de 1993 del cual se excluyen a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 por el hecho que la prima de medio prevista en una normativa especial (Ley 91 de 1989), en tanto, se trata de una reforma constitucional que afectó las pensiones en todos los sectores por igual.
>
> Dicho esto, no le asiste derecho a la actora al reconocimiento de la prima de medio año como lo consideró y resolvió el a quo.” [11]

Finalmente, se advierte que, de conformidad con las subreglas fijadas en la sentencia de unificación jurisprudencial del 03 de junio de 2021, proferida por el Consejo de Estado, no le asiste el derecho a que le sean suspendidos los descuentos del 12% efectuados por concepto de aportes sobre las mesadas adicionales, en consecuencia, tampoco hay lugar a ordenar la devolución de los valores descontados por dicho concepto

Decisión

En la medida que se acreditó la configuración del acto administrativo ficto negativo, respecto de la petición presentada por la demandante el día 9 de mayo de 2019 ante la Secretaría de Educación de Bogotá; se declarará probada la configuración del silencio administrativo negativo; sin embargo, se denegarán las pretensiones de la demanda como quiera que la demandante no tenía derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año o mesada catorce, como tampoco a que se le reintegren los valores descontados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales y se suspendan dichas deducciones.

En estas condiciones, al no probarse las causales de nulidad aludidas por la parte demandante, serán negadas las pretensiones de la demanda, razón con por la cual, la presunción de legalidad de los actos acusados se mantendrá incólume.

Condena en costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*.”.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo

previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones[16] la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Vistos los artículos 188 de la Ley 1437 y 365 del Código General del Proceso, en especial, su numeral 8.º, sobre condena en costas y atendiendo a que el H. Consejo de Estado ha señalado el criterio objetivo-valorativo de la condena en costas que implica: i) objetivo porque que no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto y ii) valorativo porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. En el caso sub examine, el Despacho considera que no hay lugar a imponer una condena en costas a las partes, en la medida que, no se acreditó probatoriamente su causación, en primera instancia, es decir, no aparece prueba alguna que acredite los gastos en que incurrieron las partes para su defensa.

En efecto, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de acción ejercido por la demandante estuvo orientado a la quebrantar la presunción de legalidad del acto acusado.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

---

[16] CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.
* CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 3 de noviembre de 2016. Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez
* CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. N°.: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.
* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°.: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

Amén de lo anterior, el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso[17] establece que «*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*[18]*»* y en el expediente no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen la condena en costas en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR que en el presente caso operó el silencio administrativo negativo frente al derecho de petición presentado el día 9 de mayo de 2019, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación, por Berta Cecilia Aparicio Báez, identificada con C.C. No. 51.812.800, respecto del reconocimiento y pago de la prima de junio establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de aportes en salud sobre las mesadas adicionales, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: **DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial delegada ante esta Dependencia Judicial.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

---

[17] Ley 1564 de 2012.
[18] Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, Exp. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

Firmado Por:

Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 046

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: **a087e554d0877dff767504fec07cbcc9b661d957ccd28225942df3a2d892c2ea**

Documento generado en 12/09/2022 07:14:22 AM

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