

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018)

**EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2017-00154-00**  
**DEMANDANTE: CLARA AMPARO VARGAS RODRÍGUEZ**  
**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – y OTRA**

**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.Á.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**

La señora CLARA AMPARO VARGAS RODRÍGUEZ, identificada con C.C. N°. 35.455.212 expedida en Bogotá, a través de apoderado, 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 – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG –, y la FIDUCIARIA LA PREVISORA -FIDUPREVISORA-, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

**1.1.1 Pretensiones.**

De la demanda se tienen las siguientes:

*"1. Se declare la nulidad del (la) Oficio N°. 101040202, Radicado N°. 201701660387911 - 29/03/2017, por medio del cual la FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A., negó al señor (a) VARGAS RODRÍGUEZ CLARA AMPARO, el reintegro de todos los valores que por concepto de mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 14 y 13) le fueron descontados.*

*2. Se declare la nulidad del acto ficto o presunto del silencio administrativo negativo, conforme a la petición radicada el 21 de Mayo de 2015, Radicado N°. E-2015-81412, por medio del cual el Secretario de Educación de Bogotá actuando en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A., negó al señor (a) VARGAS RODRÍGUEZ CLARA AMPARO, el reconocimiento y pago de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal b) del numeral del 2 artículo 15 de la ley 91 de 1989.*

*3. Se declare que el señor (a) VARGAS RODRÍGUEZ CLARA AMPARO 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 – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y la FIDUCIARIA LA PREVISORA - FIDUPREVISORA S.A., a reintegrar al señor (a) VARGAS RODRÍGUEZ CLARA AMPARO los valores por concepto de aportes para salud sobre las mesadas 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 – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A., que a futuro no se le realicen al señor (a) VARGAS RODRÍGUEZ CLARA AMPARO los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.*

*6. 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 adquisición del status de pensionado, es decir, a partir del día que cumplió los requisitos de edad y tiempo.*

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

*8. 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 del 2011.*

*9. 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 3º del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.

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

### 1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

“1. Mediante Resolución N°. 3464 – 17/JUL/2007 el Subsecretario Administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., actuando en nombre de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a mi poderdante la pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 02 de Mayo del 2007.

2. La mencionada Resolución determinó la cuantía de la pensión de mi representado (a) en la suma de \$1.606.691 M/CTE.

3. Mi poderdante mediante petición radicada el 21 de Mayo de 2015, RADICADO N°. E-2015-81412 solicitó a la Entidad (es) demandada (as) el reintegro de todos los valores que por concepto de aportes para la salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 14 y 13) le fueron descontados y 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.

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. La SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE (L) BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Oficio Sin Número del 25 de Mayo de 2015, radicado Salida N°. 2015-74823 -25/05/2015 expedido por el (la) Secretaría de Educación de Bogotá consideró que: “(...) ahora bien, los valores descontados de las mesadas pensionales, cualquier sea su naturaleza, son efectuados y manejados por la Fiduciaria la Previsora S.A. (...) por lo que al no ES la entidad competente para resolver la petición incoada, debía remitirla a FDUPREVISORA S.A.

6. Por su parte, FIDUPREVISORA S.A., a través del (los) Oficio 101040202, Radicado N° 20170160087911 – 29/03/2017, expedido por el (la) Gerente Operativa – Vicepresidencia Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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) mandantes (s) que:

“(...) En virtud de lo anterior, se pudo establecer que el derecho a la pensión de la señora VARGAS RODRÍGUEZ CLARA AMPARO se causó dentro del lapso de tiempo (...) y la mesada pensional actual supera los 3 SMLMV, por ende no tiene derecho a recibir la mesada 14, conforme a la normatividad vigente.

... no es posible acceder favorablemente a su petición de la devolución de las sumas de dinero descontadas por aportes de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre”.

### **1.1.3. Normas violadas.**

**De orden constitucional:** Artículos 1, 2, 6, 48 párrafo transitorio 1º, 53, 58 y 336 de la Constitución Política.

**De orden Legal:** Ley 91 de 1989, literal b) del numeral 2º del artículo 15 y numeral 5º del artículo 2º; Ley 115 de 1994, artículo 115, y Ley 812, artículo 81.

### **1.1.4 Concepto de violación.**

El apoderado de la parte demandante, considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, de acuerdo a las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- La prima de mitad de año no es equivalente a la mesada adicional del mes de junio, como quiera que la primera es producto de una negociación colectiva entre el Gobierno Nacional y Fecode, plasmado en el literal b) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, como compensación a la pérdida de la pensión gracia para esta franja de docentes. La segunda se creó con la ley 100 de 1993 en su artículo 142.
- La entidad demandada no tiene fundamento normativo ni jurídico para realizar descuentos por concepto de aportes a la salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

## **1.2. TRÁMITE PROCESAL**

### **1.2.1 Contestación de la demanda**

Las entidades demandadas no contestaron la demanda, pese a haber sido debidamente notificadas.

### **1.2.2 Audiencia Inicial**

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios

probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

### **1.2.3 Alegatos**

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

**Parte demandante:** Ratifica los hechos, pretensiones y fundamentos jurídicos contenidos en la demanda. Indica que la prima de medio año es diferente a la mesada de junio o mesada número 14.

**Parte demandada:** Solicitó se desestimarán las pretensiones de la demanda. De manera subsidiaria, y en el evento que prosperen las pretensiones, solicitó de no se condene en costas a la demandada.

**Ministerio Público:** Guardó 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**

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer "*Si en el presente asunto operó el fenómeno del silencio administrativo negativo respecto de la petición elevada por la demandante ante el Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.*

*Dilucidado lo anterior, el Despacho entrará a establecer si le asiste o no el derecho a la demandante a que la entidad demandada le reconozca y pague la prima de medio año como mesada adicional, así como también, le suspenda y reintegre los valores descontados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales junio y diciembre".*

## 2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

1. Mediante Resolución N°. 3464 de 17 de julio de 2007, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a la señora Clara Amparo Vargas Rodríguez, una pensión de invalidez, a partir del 02 de mayo de 2007 (folios 7-9).
2. En el artículo quinto de la Resolución N°. 3464 de 17 de julio de 2007, se dispuso que la entidad encargada de efectuar los descuentos de ley (folio 9).
3. El día 21 de mayo de 2015, la señora Clara Amparo Vargas Rodríguez presentó derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Bogotá, en el cual solicitó el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales y la suspensión de los mismos y el reconocimiento de la prima de mitad de año. Igualmente, mediante derecho de petición solicitó el reconocimiento y pago, desde el año que se reconoció la pensión, de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal b) del numeral 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989 (folios 3-6).
4. Mediante Oficio N°. E-2015-74823 de 25 de mayo de 2015, la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, remite por competencia a la Fiduciaria la Previsora S.A., la petición formulada por la demandante (folio 11).
5. La Fiduciaria la Previsora S.A., por Oficio N°. 20170460387911 de 29 de marzo de 2017, resolvió negar los derechos pretendidos por la demandante (folios 13-14).
6. Que a folio 20 del expediente, obran comprobantes de nómina y de pagos de la pensión que percibe la señora Clara Amparo Vargas Rodríguez.

## 2.3 Marco Normativo.

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

### **2.3.1. Del silencio administrativo negativo.**

Procede el Despacho a precisar si en el caso bajo estudio, operó el fenómeno del silencio administrativo respecto de la solicitud elevada por la señora Clara Amparo Vargas Rodríguez, el día 21 de mayo de 2015, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – Bogotá.

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

El artículo 83 del CPACA dispone:

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

*En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.*

*La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.”.*

En el caso bajo estudio está demostrado que la parte actora radicó derecho de petición el día 21 de mayo de 2015 (folios 3-6), ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – Secretaría de Educación de Bogotá, a través del cual se pretendió el reintegro de los aportes pensionales descontados sobre las mesadas adicionales y la suspensión de los mismos y el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

Asimismo, está demostrado que la Secretaría de Educación, mediante oficio N°. E-2015-74823 de 25 de mayo de 2015, remitió por competencia a la Fiduciaria la

Previsora S.A., la petición formulada por la señora Clara Amparo Vargas Rodríguez. En efecto, una vez radicada la solicitud de la demandante, la Fiduciaria la Previsora, a través del Oficio N°. 101040202 de 29 de marzo de 2017, resolvió la petición presentada por aquella, negando los derechos solicitados por considerar que no tenía derecho al reconocimiento y pago solicitado, en virtud del régimen pensional de la accionante.

De conformidad con lo expuesto, se tiene que la entidad demandada, a través de la fiduciaria la Previsora dio respuesta a la solicitud presentada por la demandante a través del Oficio N°. 101040202 de 29 de marzo de 2017, de lo que se infiere que en el presente proceso no operó el silencio administrativo negativo pretendido con la demanda dado que hubo una respuesta expresa de la administración que no fue objeto de cuestionamiento.

En consecuencia, al no haberse acreditado la configuración del silencio administrativo, por tanto, las pretensiones de la demanda destinadas a la declaratoria del silencio administrativo negativo deberán desestimarse, por cuanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada.

Aclarado lo anterior procede, el Despacho a establecer si el acto administrativo demandado, proferido por el Fondo de Prestaciones del Magisterio de Bogotá D.C, está incurso en causal de nulidad que amerite su declaratoria, y en tal sentido, ordenar las condenas solicitadas como restablecimiento del derecho.

### **2.3.2. De los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales**

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

Ahora bien, la Ley 4 de 1976, reguló la materia pensional de los sectores públicos, oficial, semioficial y privado, de la siguiente manera:

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

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

*“ARTICULO 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 5°.- A los pensionados a que se refiere la presente Ley, **no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional”.***

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

Entonces, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, esta ley estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate.

Es decir, sin excepción alguna, resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado.

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

*“ARTICULO 42. REAJUSTE PENSIONAL POR INCREMENTO DE APORTES EN SALUD.*

*(...)*

***Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.***

*PARAGRAFO. Lo previsto en el presente artículo se entenderán sin perjuicio de que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reduzca la cotización en salud de los pensionados en relación con el número de beneficiarios, caso*

*en el cual el reajuste de la mesada se hará por la diferencia entre lo que se venía cotizando y el valor señalado por el Consejo”*

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

*“ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, **deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.***

*(...)*

*Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, FOPEP, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.*

***PARÁGRAFO.** De conformidad con los artículos 50 y 152 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.” (Negrita fuera de texto).*

Posteriormente, el legislador, mediante la Ley 812 de 2003 (art. 4), dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-389/04 al referirse sobre la constitucionalidad de la referida norma, puntualizó:

*“(...)*

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

*(...).”*

De lo aquí expuesto, se concluye que a los docentes pensionados no se les puede efectuar descuentos respecto de la mesada adicional de diciembre, estando, por tanto, permitidos los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio. Sin embargo, la sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1064 de 16 de diciembre de 1997, con ponencia del Dr. Augusto Trejos Jaramillo, manifestó que no son susceptibles de los descuentos por aportes en salud sobre las mesadas adicionales tanto de junio como de diciembre. En efecto, la mencionada corporación señaló:

*(...)*

*En este orden de ideas, estima la Sala: que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.*

*(...)*

De la precitada sentencia, se infiere que no se podrá efectuar descuentos por salud a las mesadas adicionales tanto de junio y diciembre.

Adicionalmente, en reciente pronunciamiento la misma Sala<sup>1</sup> ratificó esta postura al señalar que:

*“Ahora bien, en cuanto a las cotizaciones, la ley 100 de 1993 establece en el Artículo 204 lo siguiente:*

***“Artículo 204.- Monto y distribución de las cotizaciones.-***

***Inciso primero, modificado por el artículo 10 de la ley 1122 de 2007.-***  
*La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente (E.): William Zambrano Cetina. Bogotá D.C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010).- Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00009-00 (1.988). Actor: Ministerio de Educación Nacional.

*aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

***Inciso segundo.- Inciso adicionado por el artículo 1° de la ley 1250 del 27 de noviembre de 2008.-*** La cotización ***mensual*** al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso ***de la respectiva mesada pensional***, (la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008)<sup>2</sup>.

***Inciso segundo original de la ley 100/93.-*** Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995. (...)” (Resalta la Sala).

*En el punto que interesa a la consulta, se observa que el inciso adicionado por la ley 1250 de 2008 dispone que la cotización **mensual** de los pensionados es del 12% de **la respectiva mesada pensional**, con lo cual se advierte que esta cotización se descuenta de las mesadas pensionales ordinarias, esto es, las que se pagan por las mensualidades del año, no por la mensualidad adicional de diciembre o el pago adicional de junio.*

*En otras palabras, la cotización del 12% del mes de **junio**; por ejemplo, se toma “de la respectiva mesada pensional”, como dice la norma, es decir, de la mesada de **junio**, de la mesada correspondiente a ese mes, **no del pago adicional de junio**, para el caso de los pensionados que dentro del régimen pensional analizado, tienen derecho a este pago.*

*Lo mismo sucede con la cotización de **diciembre**, ésta se descuenta sobre la mensualidad pensional **ordinaria de diciembre**, no sobre la mensualidad **adicional** que se paga en ese mes.”*

Atendiendo a lo aquí expuesto, se tiene que no es posible realizar descuentos del 12% para cotización en salud sobre las mesadas adicionales, pues por lado, y respecto de la mesada adicional de diciembre, existe norma expresa que prohíbe realizar dichas deducciones, y otra parte, sobre la mesada adicional de junio, la jurisprudencia ha indicado que no es acertado cotizar dos veces por el mismo mes.

### **2.3.3. Prima de medio año**

Sea lo primero indicar que en materia de pensión ordinaria de jubilación están sometidos a las disposiciones generales porque no se ha establecido un régimen especial que, en razón a la actividad docente, les permita acceder a esta prestación en condiciones especiales respecto a edad, tiempo de servicio y monto de la mesada. Así, el régimen pensional de los docentes, dependerá de las circunstancias de vinculación del educador (territorial, nacional o nacionalizado) y el régimen pensional vigente al momento de consolidar el status.

<sup>2</sup> La parte entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-430 de 2009, con efectos desde el 27 de noviembre de 2008.

Ahora bien, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estableció que los docentes vinculados con a partir del 31 de diciembre de 1980 tendrían derecho al reconocimiento de una pensión mensual de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año de servicios y adicionalmente una prima de medio año, cuya cuantía sería igual a una mesada pensional.

En efecto, al tener literal del numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispone lo siguiente:

*"2.- Pensiones:*

*Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.***

A. *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." (Subrayas del despacho)".*

Atendiendo a lo expuesto se tienen dos supuestos frente al reconocimiento de la pensión gracia: En el primero de ellos, aplicable a los docentes vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, se refiere a la posibilidad de reconocer tanto la pensión de jubilación ordinaria como a la pensión de gracia. El segundo, hace referencia a los docentes vinculados a partir del 01 de enero de 1981, quienes solamente tendrían derecho a la pensión de jubilación ordinaria con un beneficio adicional, consistente en el pago de una mesada adicional en el mes de junio.

No obstante lo anterior, 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.”*

De acuerdo a lo expuesto, se tiene que a la luz de la Constitución Nacional no es posible reconocer la mesada adicional de junio prevista en el numeral 2° de la Ley 91 de 1989, salvo si el docente tiene una mesada pensional inferior a 3 salarios mínimos.

Se debe precisar que, si bien la mesada adicional de junio prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, difiere de la contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, cierto es que bajo los preceptos normativos del Acto Legislativo 01 de 2005, no es posible reconocer un número mayor a 13 mesadas pensionales, independientemente del régimen pensional, salvo la excepción allí contemplada.

### 3. Caso concreto

Analizado el marco jurídico aplicable corresponde al despacho entrar a pronunciarse respecto del caso en concreto atendiendo a los hechos demostrados en el proceso.

Se demostró en el proceso que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante resolución N° 003464 de 17 de julio de 2017<sup>3</sup>, le reconoció a la señora Clara Amparo Vargas Rodríguez una pensión mensual de invalidez, y en virtud de ello, la entidad demandada a través de la Fiduciaria la Previsora S.A., le efectuaba descuentos por concepto de aportes a salud, inclusive sobre la mesada

---

<sup>3</sup> Folios 7-9.

adicional de diciembre, según se evidencia en extracto de pagos visible a folio 20 del expediente.

De lo anterior, queda establecido que la entidad accionada realizó descuentos del 12% para aportes en salud de las mesadas pensionales adicionales de diciembre de la actora, los cuales no podía efectuar por prohibición expresa de la norma que regula la materia.

Por lo expuesto, se concluye que la entidad demandada violó las normas invocadas por la demandante al realizar unos descuentos no autorizados por la Ley, por lo que se ordenará el reintegro del porcentaje descontado, por la Fiduciaria la Previsora S.A. como administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para cotización en salud, de las mesadas adicionales de diciembre que percibe la señora CLARA AMPARO VARGAS.

En consecuencia, al establecer de éste modo que no se debe realizar descuentos de la mesada adicional, para cotización en salud, como restablecimiento del derecho se dispondrá el reintegro del descuento del 12% de salud efectuado en las mesadas adicionales de diciembre, en consecuencia, se dispondrá la suspensión inmediata y hacia futuro de dicho descuento y la devolución de lo descontado por éste concepto.

De otra parte, se tiene que la demandante no tiene derecho a que se le reconozca la prima de medio año, equivalente a una mesada pensional, por cuanto, de acuerdo al ordenamiento normativo vigente para la época de reconocimiento de la pensión de invalidez -02 de mayo de 2007-, no es posible reconocer más de 13 mesadas pensionales, por virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Aunado a ello, se tiene que a la demandante le fue reconocida la pensión de invalidez en cuantía superior a tres salarios mínimos, por tanto, no se encontraba subsumida en los supuestos normativos de la excepción prevista en el Acto Legislativo 01 de 2005. Se precisa que para la fecha del reconocimiento pensional el salario mínimo equivalía a la suma de \$ 433.700, valor que multiplicado por 3 es igual a \$1'301.100, cifra inferior al valor sobre el cual se reconoció la pensión de invalidez a la demandante, esto es, \$1'606.691.

Así, resulta claro que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la prima de junio, y menos aún de la mesada número 14.

## **Decisión.**

Con base en lo anterior, se declarará la parcial nulidad de la decisión adoptada por la entidad demandada, en el sentido de cobrar los aportes para salud sobre las mesadas adicionales de diciembre y, en consecuencia, se dispondrá la devolución de lo descontado por éste concepto.

De otra parte, se negará el reconocimiento de la prima de medio año, por no asistirle el derecho a la demandante.

## **Prescripción:**

Sea lo primero indicar que la prescripción es una sanción procesal a la inactividad de la parte interesada, respecto del reconocimiento del derecho pretendido.

Ahora bien, por regla general, las pensiones son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio; sin embargo, dicha figura procesal opera sobre las **mesadas pensionales o reliquidación de las mismas (en este caso sobre los descuentos efectuados sobre aquellas)**, que no se hubiesen reclamado en tiempo.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, sobre el fenómeno de la prescripción prevé lo siguiente:

*“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto **prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible.** El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”*

A su vez el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, respecto de la prescripción dispone:

*“**Artículo 102°.- Prescripción de acciones.***

*1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”*

De acuerdo a lo precitado, la prescripción en el presente caso se interrumpió con la petición radicada ante el FOMAG por la parte actora el día **21 de mayo de 2015**,

razón por la cual, los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de diciembre con anterioridad al **21 de mayo de 2012**, se encuentran prescritos.

En cuanto a la aplicación de los ajustes de valor que se dispondrá, la entidad demandada deberá dar aplicación a la fórmula acogida por el H. Consejo de Estado, en los siguientes términos:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de este providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

### **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<sup>4</sup> la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: MANUEL WADIS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ.

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.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho a la defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

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

---

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

\* SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: TERESA ELENA SÁNCHEZ BERMÚDEZ. Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).

\* SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: ANA ORFILIA PALACIOS DE MOSQUERA. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).

\* SECCION CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: COOPERATIVA DE CONSUMO. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

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

### FALLA

**PRIMERO: DECLARAR** la **NULIDAD** Oficio N°. 101040202 - 201701660387911 - de 29 de marzo de 2017, proferido por la FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A., mediante el cual se negó a la señora CLARA AMPARO VARGAS RODRÍGUEZ, identificada con C.C. N°. 35.455.212 expedida en Bogotá, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, la suspensión de las referidas deducciones, y el reconocimiento y pago de la prima de junio.

**SEGUNDO: ORDENAR** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – para que a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos de dicho fondo, REINTEGRE a la señora CLARA AMPARO VARGAS RODRÍGUEZ, identificada con C.C. N°. 35.455.212 expedida en Bogotá, a partir del **21 de mayo de 2012**, por prescripción trienal, los valores descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, de conformidad con los argumentos expresados en esta providencia.

**TERCERO: ORDENAR** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –que a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos de dicho fondo, SUSPENDA los descuentos de salud realizados de las mesadas adicionales diciembre, respecto de la pensión de jubilación que percibe la señora CLARA AMPARO VARGAS RODRÍGUEZ, identificada con C.C. N°. 35.455.212 expedida en Bogotá

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** Las sumas aquí reconocidas en favor de la señora CLARA AMPARO VARGAS RODRÍGUEZ, identificada con C.C. N°. 35.455.212 expedida en Bogotá, deberán ser actualizadas de conformidad con la fórmula expuesta en la parte motiva del presente proveído, en consideración a lo dispuesto en el inciso final del

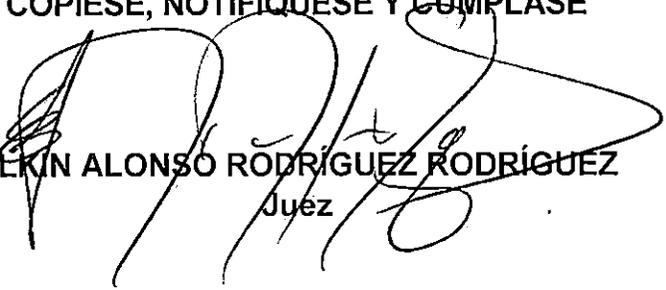
artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**SEXTO:** Sin lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**SÉPTIMO:** La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y reconocer intereses conforme al artículo 195 ibídem.

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

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**  
Juez