

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE FACATATIVÁ

Facatativá, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA No. 40

**RADICADO:** 252693333003-2019-00241-00  
**DEMANDANTE:** CARMEN ROSA ALARCON BALLE  
**DEMANDADO:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-  
FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO-FONPREMAG Y LA FIDUPREVISORA S.A.  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**CONTROVERSIA:** SUSPENSIÓN REINTEGRO 12% MESADA ADICIONAL  
PARA SALUD

---

Procede el Despacho a dictar sentencia en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **CARMEN ROSA ALARCON BALLE** identificada con la cédula de ciudadanía 20.443.762, quien solicita la suspensión y el reintegro del descuento del 12% efectuado por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

1. Se declare la existencia del Silencio Administrativo negativo, en relación con el derecho de petición radicado el 10 de mayo de 2018, ante la Secretaría de Educación de Cundinamarca – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en el cual (...) solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

2. Se declare la nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto citado en el numeral anterior.

3. Como consecuencia de la anterior NULIDAD y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para que le ordene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (...) el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde la adquisición de su status jurídico, esto es el 1 de julio de 2010 hasta la fecha, y a SUSPENDER los descuentos en mención. Como consecuencia de la anterior NULIDAD y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que le ordene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A (en calidad de administradora de sus recursos) el reintegro de todos los descuentos del 12% REALIZADOS, CON DESTINO A SALUD, SOBRE LA(S) MESADA(S) ADICIONAL(ES) DE JUNIO Y/o DICIEMBRE, desde la adquisición de su status jurídico de pensionado(a), esto es, el 01 de julio de 2010 hasta la fecha, y a SUSPENDER los . .... descuentos en mención

4. Condenar a la demandada al pago en forma INDEXADA del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha de status jurídico, aplicando para tal fin la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

5. Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que como resultado se profiera en el presente proceso, de acuerdo a lo establecido en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, e igualmente reconozca los intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, tal como lo establece el artículo 192 ibídem.

6. CONDENAR a la demandada a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011, realice el pago con el interés moratorio a la tasa comercial.

7. Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del Art. 188 de la Ley 1437 de 2011.

## **2. HECHOS**

2.1 Las demandantes laboraron como docentes para la Secretaría de Educación de Cundinamarca - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se le reconoció la pensión de jubilación.

2.2 La demandante recibe 14 mesadas pensionales al año, y sobre estas se aplican los descuentos del 12%, con destino a salud, cuando este descuento debe efectuarse únicamente sobre 12 meses de servicio requeridos al año.

2.3. La Fiduciaria La Previsora S.A. en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Cundinamarca, efectúa descuentos en los pagos de junio y diciembre y en las mesadas adicionales de los mismos periodos, descontando así un valor correspondiente al 24%, sobrepasando lo dispuesto por la Ley.

2.4. El 10 de mayo de 2018, la demandante solicitó a la Secretaría de Educación de Cundinamarca - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizado con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

2.5. A la fecha la demandada no ha dado respuesta de fondo a la petición.

## **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La parte demandante citó como transgredidas las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, artículos 2, 4, 13, 25, 29 inciso final del artículo 48, 49 en especial, 53 inciso 3 y 58.
- Legales y reglamentarias: Código Civil artículo 10, Ley 4ª de 1966 y Decreto reglamentario 1743 de 1966, Ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 91 de 1989, Decreto 1073 de 2003, Ley 1250 de 2008 y Ley 812 de 2003 Artículo 81.

Consideró que se presenta una violación directa al concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 16 de diciembre de 1997, radicado No. 1064.

Al respecto dijo que la Ley 812 de 2003, *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un estado comunitario”*, estableció que el régimen prestacional de los docentes oficiales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el dispuesto para el magisterio en las normas vigentes a la entrada en rigor de esa ley; indicó que en ese orden el régimen prestacional aplicable es el dispuesto en la Ley 115 de 1994, la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y la Ley 812 de 2003.

Expuso que el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 posibilitó la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las adicionales; sin embargo, el artículo 82 de la Ley 812 de 2003 incrementó la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, en el entendido de que debían asumir en su totalidad la cotización del 12%, pues se remitió a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003.

Que debe entenderse que el efecto de incremento de la cotización y la remisión a las Leyes del Sistema Integral de Seguridad Social, no es otra que la derogatoria del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989. En sustento de su tesis, citó la sentencia C-369 de 2004 de la Corte Constitucional.

En ese orden de ideas, estimó que es aplicable lo señalado en el párrafo del artículo 1 del Decreto de 1073 de 2002, esto es, que 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. Agregó que el Consejo de Estado mediante providencia de 3 de febrero de 2005 declaró parcialmente nulo el párrafo del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, de lo cual consideró que el alto Tribunal dejó sin efectos los descuentos por concepto en salud de la mesada adicional del mes de diciembre. También citó la sentencia de 15 de junio de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca expediente No. 2008-00770.

Por último, hizo referencia al concepto No. 1064 de 16 de diciembre de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y la sentencia de 4 de agosto de 2016 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el expediente No. 2014-1003-0, para insistir en que se deben reintegrar las sumas descontadas a los demandantes por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

#### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Nación- Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S. A. como vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se opusieron a las pretensiones y al efecto señalan que los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de la docente tienen sustento en la normativa vigente y con base en el principio de solidaridad

de la seguridad social, por lo que no existe ningún fundamento para concluir que estos se han realizado de forma arbitraria.

Al efecto propuso como excepción previa la que denominó como "Ineptitud Sustancial de la demanda por no cumplir con el artículo 161 del CPACA por no demostrar la ocurrencia del acto ficto," para lo cual se apoyó en los artículos 162, 163, 166 y 167 del CPACA-.

A su turno como excepción de fondo manifestó, que el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, en la pensión de jubilación de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están amparadas por la ley; de igual forma pidió que de oficio se decrete toda excepción que se encuentre probada, en consonancia con lo estipulado en el artículo 282 del Código General del Proceso aplicable en lo Contencioso Administrativo de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente, advirtió sobre la improcedencia de la condena en costas en el presente caso, señalando que estas no son objetivas y en este punto se debe tener en cuenta la actuación de la entidad, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factores salariales taxativamente consagrados.

## **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **5.1 Parte demandada**

Mediante escrito de 27 de abril de 2021 la apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria La Previsora S.A. vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó alegatos de conclusión, manifestando que el descuento por concepto de salud efectuado sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre en la pensión de jubilación de los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio están amparadas por la ley; que la ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio estableció que la gestión y pago de las pensiones, así como el procedimiento y prestación del servicio médico de salud de todos los docentes, estaría a cargo del fondo, de acuerdo a lo previsto en el numeral 5 del artículo 8 de la citada ley.

Que de acuerdo con la norma anterior, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) debe descontar el 5% de cada mesada pensional cancelada a un docente, lo que incluye las mesadas adicionales; ello, con la finalidad de financiar los servicios a cargo de esa entidad.

Posteriormente, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 dispuso que el régimen de cotización de los docentes que se encontraran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Aclaró que para cuando se expidió el artículo 81 de la Ley 797 de 2003, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, dispuso que los afiliados al sistema general de seguridad social, por mandato legal están en la obligación de realizar aportes sobre su salario base de cotización en un porcentaje del 12% del total devengado cuando ese ingreso no sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente, respetando el porcentaje entre trabajador y empleador señalado por la ley, lo que en otras palabras quiere decir que el porcentaje de cotización que tenían los docentes pasó del 5% señalado en la ley 91 de 1989 al 12%, de acuerdo al sistema general de pensiones. Esta disposición fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional, quien mediante sentencia C-369 de 2004 declaró exequible el inciso 4º del artículo 81 de la ley 812 de 2003, por considerar que no se vulnera el derecho a la igualdad entre el sistema general de pensiones y los regímenes pensionales exceptuados, como quiera que, si bien algunos aspectos son más beneficiosos en el régimen general de pensiones frente a los regímenes exceptuados, esa situación no conlleva a que a estos se les aplique la norma general por contener disposiciones que en ciertos puntos le son más favorables. Lo anterior se explica en el hecho de que el régimen exceptuado beneficia mucho mayores que los que tiene un afiliado al régimen general de seguridad social, y para el caso en concreto, la posibilidad de devengar una pensión gracia compatible con una pensión de vejez otorgada por el sistema general de pensiones.

Por lo tanto, aplicarle la norma general en los puntos que le son más favorables a los miembros del régimen exceptuado, es abiertamente inequitativo con los afiliados al régimen general debido a que los afiliados de un régimen de seguridad social exceptuado cuentan con beneficios que son ampliamente superiores a los que tiene un afiliado al régimen general de pensiones.

Dijo que el Acto Legislativo 01 de 2005, únicamente alteró respecto del personal docente, lo correspondiente al régimen pensional manteniendo incólume los descuentos en salud del 12% que se deben aplicar a las mesadas pensionales de los miembros del fondo de prestaciones sociales del magisterio al compás de lo señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 por remisión del artículo 81 de la ley 812 de 2003, descuentos que son permitidos hasta sobre las mesadas adicionales al ser un régimen exceptuado, postura esta que ha sido adoptada de manera horizontal y vertical por los diferentes despachos de lo contencioso administrativo, en apoyo de ello refiere la providencia del 19 de abril de 2012 dentro del expediente 11001-03-15-000-2011-00758-00; además de la sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 5, expediente 15238-3333-752-2015-00221-01.

Resaltó que frente al personal docente el Acto Legislativo 01 de 2005, únicamente modificó lo relativo al régimen pensional, pero mantuvo los descuentos en salud del 12% que se deben aplicar a las mesadas

pensionales de los miembros del fondo de prestaciones sociales del magisterio conforme al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, por remisión del artículo 81 de la ley 812 de 2003, descuentos que son permitidos sobre las mesadas adicionales; para apoyar su tesis hizo referencia a la providencia del 19 de abril de 2012 (exp 11001-03-15-000-2011-00758-00) y de la sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 5, (exp: 15238-3333-752-2015-00221-01).

Aseguró que como corolario de lo anterior puede concluirse, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al ser un régimen exceptuado, tiene una norma especial que lo regula y que debe ser aplicado en su integralidad el cual se encuentra contenido en la Ley 91 de 1985, norma que permite al Fondo realizar los descuentos en salud para financiar la prestación del servicio médico asistencial, el cual fue aumentado para los afiliados a dicho fondo del 5% al 12%, mediante la expedición de la Ley 812 de 2003, y en la interpretación normativa en armonía con la Ley 91 de 1989, este descuento en salud debe realizarse sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Afirmó que dicha postura va estrechamente ligada con el principio constitucional de solidaridad, en los términos que ha considerado la Corte Constitucional, quien en Sentencia T.-12600 sostuvo que en materia de seguridad social, este principio implica que todos los participantes del sistema deben contribuir a su sostenibilidad.

Finalmente, solicitó que no se condene en costas a la demandada en consideración a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, pues no se encuentran demostradas y que de acuerdo a lo que ha considerado el Consejo de Estado no procede la condena en costas.

**5.2 La parte demandante guardó silencio.**

## **II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

### **1. COMPETENCIA**

Este Despacho es competente para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### **2. CADUCIDAD**

La presente demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por su naturaleza laboral, referida a prestaciones periódicas no es susceptible de conteo del término de caducidad.

### 3. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la existencia del silencio administrativo negativo en relación con la solicitud de 10 de mayo de 2018 radicada por la demandante y la consecuente legalidad del acto ficto o presunto derivado de dicha petición por la cual la Nación Colombiana - Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG negó la suspensión definitiva de los descuentos por aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre y establecer si la demandante tiene derecho a que se le reintegre la totalidad de las sumas que efectivamente se han descontado por dicho concepto.

### 4. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO

La Ley 4 de 1976 “*Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones*” en su artículo 5 estableció que los pensionados de que trata dicha ley recibirían una mesada adicional a su pensión en diciembre de cada año del mismo valor.

Posteriormente, la Ley 43 de 1984 en su artículo 5 dispuso lo siguiente:

*“Artículo 5°. **A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontarse de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3° del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.** Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente Ley tendrán las exenciones tributarias de ley.”* (Negritas y subrayas fuera del texto).

En ese orden, debe recordarse que el numeral 3° del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, estableció en su momento que todo pensionado tiene la obligación de cotizar mensualmente el 5% de su pensión para contribuir a la prestación asistencial en salud.

En esa medida, se observa que hasta dicha época estaba prohibido el descuento por aportes a salud sobre la mesada adicional que los pensionados recibían cada año en el mes de diciembre.

Ahora bien, la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, estableció en su artículo 15 respecto de los docentes nacionalizados, que aquellos que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial al tenor de las normas vigentes; en dicha norma se estableció que FONPREMAG estaba a cargo de las obligaciones prestacionales respecto del personal docente, así como de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales.

Así mismo, el artículo 8 numeral 5° de la Ley 91 de 1989 ordenó al FONPREMAG descontar el 5% de las mesadas pensionales, incluidas las

mesadas adicionales, dinero que haría parte de los recursos del Fondo para su financiación.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se mantuvo vigente el pago de la mesada adicional en diciembre para los pensionados por vejez, jubilación, invalidez y sustitución, al tiempo que el artículo 142 estableció otra mesada adicional que sería pagada en el mes de junio a los pensionados por jubilación, invalidez, vejez, y sobrevivientes tanto del sector público como del sector privado.

De otro lado, la Ley 812 de 2003 varió el porcentaje de cotización para salud, cuando efectuó una remisión normativa e indicó que el régimen de cotización de los afiliados del FONPREMAG sería el establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003; es decir, lo relativo a cotizaciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se hizo extensivo a los afiliados del FONPREMAG. Al efecto, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, expresó:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, 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 presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

**El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes 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. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.**

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo...” (Negrilla fuera de texto).

La anterior disposición fue analizada por la Corte Constitucional y fue declarada exequible mediante la sentencia C-369 de 2004, de manera que es claro que los docentes pensionados afiliados al Fondo del Magisterio deben contribuir con el 12% como cotización en salud como lo disponen las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En este punto, debe decirse que el Decreto 1073 de 2002, en el párrafo del artículo 1º prohibió expresamente efectuar descuentos a las mesadas adicionales, así:

**“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.

(...)

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 la mesada adicional. (Negrilla fuera de texto).”

Ahora bien, en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 se otorgó la facultad de reajustar el porcentaje de cotización al sistema de salud de los pensionados; con fundamento en dicha norma se expidió la Ley 1250 de 2008 que fijó el 12% como porcentaje deducible de la mesada pensional.

**“Artículo 1.** Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así:

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

(...)

“La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional (...)

De acuerdo con lo expuesto, queda claro entonces que para el caso de los docentes que se rigen por la Ley 91 de 1989, la tasa de cotización a salud es la correspondiente al 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional; la discusión se centra en determinar si estos docentes pensionados tienen derecho a que no se efectúen los descuentos de esta naturaleza sobre las mesadas adicionales de diciembre.

Al respecto, este despacho consideraba que los docentes pensionados que se rigen por la Ley 91 de 1989 y que deben sufragar como tasa de cotización el 12% del ingreso de la mesada pensional, tenían derecho a que no se efectúen los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales al considerar que el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 se encontraba derogado tácitamente, amén de que el legislador había remitido a las normas generales lo relativo a los aportes en salud que deben realizar los docentes afiliados al FONPREMAG que se rigen por la citada ley de 1989, a lo que se suma la aplicación del principio de inescindibilidad, entre otros aspectos; sin embargo, con ocasión de la sentencia de unificación de 3 de junio de 2021, expedida por el Consejo de Estado en el expediente 66001-33-33-000-2015-00309-01 (0632-18) CE-SUJ024-21, cuyas consideraciones se deben acoger en su integridad, consideró:

(...)

43. En ese orden, se concluye que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 modificó el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, en cuanto al porcentaje del aporte, y, a partir de ese momento, el personal docente pasó de hacer cotizaciones equivalentes del 5% de la mesada al 12%, de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Luego, tal porcentaje se aumentó al 12.5%, según el artículo 10 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007<sup>1</sup>, y más adelante, el artículo 1 de la Ley 1250

---

<sup>1</sup> «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.»

del 27 de noviembre de 2008<sup>2</sup> lo fijó en 12% para los pensionados. Recientemente, la Ley 2010 de 2019, en el artículo 142, adicionó el parágrafo 5 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, para establecer los porcentajes en función del valor de la mesada y señaló que podrían ir desde un 8% hasta 12%.

44. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexequibilidad del inciso 4<sup>3</sup> del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.

44. Lo anterior se acompasa con el artículo 157<sup>4</sup> de la Ley 100 de 1993, que en el numeral 1 indicó que son afiliados al régimen contributivo los pensionados y jubilados, pues se encuentran dentro del grupo de la población que tienen capacidad de pago.

45. Por otra parte, no se desconoce que la Ley 100 de 1993, en el artículo 143, introdujo un reajuste mensual equivalente a la elevación de la cotización en salud, para quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de enero de 1994, sin que se encuentre uno semejante en la Ley 812 de 2003 para los docentes pensionados. Frente a este punto, la sentencia C-369 de 2004, en cita, indicó que el hecho de haber ordenado el incremento de la cotización, sin prever un mecanismo de reajuste similar al contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para el régimen general, no vulnera el derecho a la igualdad de los afiliados al FOMAG.

47. Para llegar a tal conclusión, se remitió al criterio hermenéutico fijado en la sentencia C-126 de 2000, que declaró exequible el mencionado artículo. En aquella oportunidad, la Corte estimó que en desarrollo del principio de solidaridad y con el propósito de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, el Legislador puede ordenar que la cotización sea asumida en su totalidad por el pensionado, teniendo en cuenta que se reduce el número de trabajadores activos y que al alcanzar el estatus cesa la obligación de cotizar a pensión, lo cual compensa de cierta manera el aumento de la cotización en salud.

48. Adicionalmente, sostuvo que el Legislador no tenía el deber de prever el mismo mecanismo compensatorio, argumento que sustentó en la tesis reiterada según la cual la existencia de regímenes especiales, como los previstos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, pues el trato diferenciado no es discriminatorio, sino que favorece a quienes cobija. Así mismo, la sentencia identificó los aspectos que llevan a considerar que un régimen especial contiene una discriminación para sus destinatarios en relación con determinada prestación, estas son, «(i) la

---

<sup>2</sup> «Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un parágrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 60 de la Ley 797 de 2003.»

<sup>3</sup> El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes 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. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones».

<sup>4</sup> «[...] Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley [...]» Aparte subrayado declarado exequible por la sentencia C-711 de 1998.

autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente»<sup>5</sup>.

49. A partir de la anterior precisión, expuso que la cotización en salud no puede ser considerada autónoma e independiente, sino que está ligada al conjunto de servicios que se prestan al magisterio, regulado por la Ley 91 de 1989, cuyas particularidades representan algunos beneficios superiores para sus destinatarios. En consecuencia, como aquel es un régimen especial, diferente al general, la ley no tenía que prever un ajuste idéntico al señalado por la Ley 100 de 1993.

50. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.

51. De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.

52. Es así como el artículo 2.4.4.2.2.3. del Decreto 1075 de 2015, al referirse al giro que la sociedad fiduciaria administradora debe hacer al FOMAG, incluye los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como los señalados por el numeral 4 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

**53. En conclusión:** Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993.

## **1.2. Revisión de las tesis que limitan los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales**

1. Hasta este punto queda verificado que los docentes pensionados están en la obligación de aportar un 12% de sus mesadas pensionales y que, al tratarse de una regla derivada de los artículos 8 de la Ley 91 de 1989 y 81 de la Ley 812 de 2003, la obligación de aportes, cualquier excepción debe estar taxativamente señalada por la ley. Por ende, es conveniente analizar los argumentos fundantes de las tesis según las cuales no son procedentes los descuentos a salud de las mesadas reguladas por los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993.

(...)

### **1.2.4 De efectuarse el descuento de la cotización a salud a las mesadas pensionales adicionales se estaría realizando en un 24% en el respectivo mes, cuando solamente está autorizado un 12%.**

76. En relación con el razonamiento según el cual el aporte de la mesada adicional conlleva un 24%, es necesario precisar que de cada una de las mesadas que reciben se efectúa el descuento del 12%, es decir, 12% de la mesada que periódicamente se viene recibiendo y otro 12% de la mesada adicional. Por ende, para afirmar que el descuento corresponde a un 24%, sería necesario demostrar que se efectuó sobre una misma mesada de las que se devenga periódicamente, pero no se entiende de esta forma cuando de cada

---

<sup>5</sup> La Corte citó: «Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.»

una de las mesadas, se realiza la referida deducción, así sean pagadas en un mismo periodo.

77. Una simple operación aritmética permite deducir que, en la situación bajo examen, se hace una deducción del 12% del 100% de lo que se recibe cada mes. Entonces, cuando se recibe una mesada adicional, en junio y diciembre, también se hace un descuento del 12% del total que se recibe. Si bien en términos numéricos el valor del aporte equivale al doble del que corresponde para una mensualidad ordinaria, no puede entenderse que aquella se aumenta en 24%, dado que recibe un valor adicional. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 prevé que el aporte se obtiene de la «respectiva mesada», es decir, de la mesada ordinaria más la adicional. En otros términos, el descuento del 12% se efectúa sobre el total de lo recibido en el correspondiente mes, lo que es igual al 12% de cada una de las mesadas.

78. En esas condiciones, la Sala no acoge el argumento expuesto, en consideración a que encuentra desacertada la conclusión que plantea.

#### **1.2.5 La interpretación gramatical del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008**

79. Antes se hizo alusión a una cuarta tesis sostenida por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 11 de marzo de 2010<sup>6</sup>. De acuerdo con este criterio, solo los vinculados después de la Ley 812 de 2003 deben hacer aportes del 12% y no se les deben hacer descuentos de las mesadas adicionales. Su fundamento está basado en una interpretación gramatical del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, según el cual el aporte con destino a salud solamente es procedente respecto de las mesadas ordinarias.

80. La Sala no comparte la tesis propuesta, pues antes se señaló que la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, estimó razonable la interpretación según la cual el aumento que dispuso el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en el porcentaje del aporte a salud también es aplicable a los pensionados. Una conclusión necesaria de ello es que, a pesar de que los docentes pensionados se vincularon antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, también fueron destinatarios del aumento en la cotización a partir de esta última norma.

81. Precisado lo anterior, se advierte que, en principio, el método gramatical aplicado, no sería razón suficiente para dejar de efectuar descuentos de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la modificación introducida por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, pues es esta última la que contiene la expresión interpretada, al adicionar un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993. En efecto, aquel previó: «La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la **respectiva** mesada pensional», de manera que no comprende las situaciones anteriores a su vigencia.

82. A lo anterior se agrega, que, para esta Sala, la interpretación gramatical debe acompañarse con lo indicado por la Ley 91 de 1989, la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003, esto es, que los descuentos proceden aún de las mesadas adicionales.

83. Así las cosas, el término bajo examen lleva a que el descuento se haga a cada una de las mesadas pensionales que se reciban y no solamente de las ordinarias, pues de la expresión «de la **respectiva** mesada pensional» incluye las adicionales, puesto que también tienen esa connotación. Por lo tanto, las deducciones de las mesadas de junio y diciembre también se encuentran comprendidas en el contenido normativo en cuestión, dado que no se ha introducido excepción legal en este punto, contrario a ello, es una obligación derivada del artículo 8, inciso 6, de la Ley 91 de 1989.

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 11 de marzo de 2010, radicación 11001-03-06-000-2010-00009-00 (1.998); actor: Ministerio de Educación Nacional.

84. En efecto, una interpretación lógica del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, lleva al mismo entendimiento si se tiene en cuenta que dicha norma prevé que la cotización mensual al régimen de salud será del 12% de la respectiva mesada pensional. Los pagos que superan los valores ordinarios recibidos en junio y diciembre son mesadas adicionales, tal y como se desprende de los artículos 50 y 142 *eiusdem*, y aún del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 cuando señala «incluidas las mesadas adicionales». Entonces, el porcentaje de los descuentos de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, aplicable por disposición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, incluye a las mesadas adicionales.

85. En consecuencia, el argumento sustentado en una interpretación literal del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 no implica la exclusión de las mesadas adicionales de los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

## **2. REGLA DE UNIFICACIÓN**

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

## **3. Efectos en el tiempo del precedente**

87. Con el fin de proteger los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos, económicos y culturales, por regla general, la Sala Plena de esta Corporación ha dado aplicación a su precedente de forma retrospectiva<sup>7</sup>. En este caso, no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos a la regla de unificación aquí definida, toda vez que no restringen el acceso a la administración de justicia ni afectan los derechos adquiridos o fundamentales de las partes.

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.

89. Por lo anterior, en esta ocasión, se adopta el mismo criterio, por lo que la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.

## **5. CASO CONCRETO**

En primer lugar, como ha quedado establecido la demandante solicita que se declare la existencia del acto ficto o presunto, así como que se declare su consecuente nulidad, mediante la cual se entiende decidida de manera negativa la solicitud radicada el 10 de mayo de 2018 dirigida a la Secretaria

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007 (IJ). Rad. 76001-23-31-0002000-02513-01.

de Educación de Cundinamarca – Fonpremag en tanto negó la solicitud de suspensión y reintegro de los descuentos que se efectúan sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre con destino al régimen de Seguridad Social en salud.

Se encuentra probado que la demandante CARMEN ROSA ALARCON BALLEEN prestó sus servicios como docente de vinculación nacionalizado, que adquirió el status de jubilado a partir del 1º de julio de 2010 y que su prestación fue reconocida mediante la Resolución No. 001829 de 3 de noviembre de 2010 de la Secretaría de Educación de Cundinamarca.

Por otra parte, se observa que el 10 de mayo de 2018, la demandante presentó petición ante la Secretaría de Educación de Cundinamarca – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se le suspendiera y reintegrara los descuentos efectuados sobre la mesada adicional de junio y diciembre de su pensión de jubilación.

También se encuentra que transcurridos los tres meses contados a partir del día en que la demandante radico su solicitud, la demandada se abstuvo de dar respuesta a la solicitud elevada por la parte actora, por tanto, se entiende que la respuesta es negativa, por mandato expreso del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011; es decir, operó el silencio administrativo negativo<sup>8</sup>.

Se encuentra demostrado que de las mesadas adicionales de junio y diciembre a la demandante Carmen Rosa Alarcón Ballén se le ha descontado el 12%, por concepto de aportes en Salud, según el extracto de pagos de mesadas desde el 1º de enero de 1999 hasta el 27 de julio de 2020, emitido por la Fiduprevisora S.A. y allegado mediante oficio 2020082214766 de 26 de julio de 2020.

En ese orden, teniendo en consideración lo expuesto y lo señalado en la sentencia de unificación de 3 de junio de 2021 proferida por el Consejo de Estado, debe concluirse que los descuentos con destino a salud efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre son procedentes y en ese contexto, debe considerarse que existió un acto ficto que negó la solicitud de la demandante, el cual resulta legal, de ahí que deba negarse las demás pretensiones.

Al no encontrarse probadas no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

---

<sup>8</sup> "ART. 83.- 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 la respuesta es negativa. (...)".

## RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR** la existencia del acto ficto o presunto, derivado del silencio administrativo respecto de la petición radicada el 10 de mayo de 2018 por la demandante **CARMEN ROSA ALARCÓN BALLÉN**, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.443.762 de Carmen de Carupa.

**SEGUNDO: NEGAR** las demás pretensiones de las demanda.

**TERCERO: NO CONDENAR** en costas.

**CUARTO:** En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente previa devolución de los remanentes de los gastos del proceso, si a ello hubiere lugar. Déjense las constancias de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
PAOLA ANDREA BEJARANO ERAZO  
JUEZ