

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022)

**Radicado:** 11001-33-35-009-2019-00421-00  
**Naturaleza:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** MYRIAM JULIO GARCÍA  
**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG

---

Están las diligencias al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, en el proceso iniciado por la señora Myriam Julio García contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

## **I. Antecedentes**

### **1.1. La demanda y su contestación**

#### **1.1.1. Pretensiones**

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

1. Que se admita la presente demanda al considerar que no se configura el fenómeno jurídico de la caducidad por tratarse de prestaciones periódicas.
2. Que se declare que no se configura el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de lo pretendido, toda vez que las entidades demandadas debieron acceder oportunamente a lo solicitado.
3. Que se declare que es improcedente el descuento realizado sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, para salud.



4. Que se declare la nulidad del Oficio No. S-2018-161208 del 20 de septiembre de 2018, por medio del cual el FOMAG resolvió en forma desfavorable la devolución y suspensión de los descuentos del 12% y del 12.5% para salud en las mesadas adicionales.
5. Que se declare la nulidad del Oficio No. 20190870306361 del 16 de febrero de 2019, a través del cual La Fiduprevisora S.A., negó la solicitud de suspensión y devolución de los citados descuentos.
6. Que se declare que el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989 no es aplicable al caso concreto, toda vez que, fue derogado tácitamente por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.
7. A título de restablecimiento del derecho, se declare que la demandante tiene derecho a que las demandadas reconozcan, liquiden y ordenen la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas pensionales adicionales devengadas en los meses de junio y diciembre para los años 2003 a 2006, el 12.5% para los años 2007 y 2008 y nuevamente el 12%, para los años 2009 a 2019.
8. Que se condene a las demandadas a reconocer, liquidar, pagar, reintegrar y suspender la suma que corresponde a los descuentos del 12% y 12.5% realizados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre entre los años 2003 a 2019 y a futuro.
9. Que se ordene a las entidades demandadas que, a futuro, los descuentos para salud los efectúe únicamente sobre las mesadas pensionales ordinarias.
10. Que las sumas adeudadas se paguen de manera indexada, se reconozcan los intereses moratorios a que haya lugar y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

#### **1.1.2. Fundamentos fácticos**

Narró que, el Fomag la reconoció pensión de jubilación mediante Resolución No. 01867 del 21 de abril de 2004, con efectos fiscales a partir del 30 de noviembre de 2003 y desde dicha fecha las entidades demandadas le han venido efectuando descuentos para salud sobre las mesadas ordinarias y adicionales, por lo que, para



los meses de junio y diciembre dicho descuento obedece a un 24% y no a un 12%.

Adujo que, mediante petición radicada bajo el No. E-2018-139455 del 11 de septiembre de 2018, solicitó ante el Fomag y la Fiduprevisora S.A., la devolución y suspensión de las sumas descontadas para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, la cual fue despachada en forma desfavorable a través de los actos administrativos que ahora se demandan.

### **1.1.3. Fundamentos de derecho.**

Argumentó que no resulta procedente efectuar descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, toda vez que para dichos meses el descuento sobrepasaría el 12% autorizado por la ley, pues realmente correspondería a un 24%.

A su juicio, debe tenerse en cuenta que la intención del legislador al crear las mesadas adicionales fue la de compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones, son compensaciones jurídicas autónomas que no se asimilan a la prima de servicios o navidad y los descuentos efectuados sobre ellas no corresponden a los aportes legales que para salud se deben efectuar solo sobre las ordinarias.

Resaltó la especialidad del régimen pensional docente, el cual consideró desconocido por las entidades demandadas con la expedición de los actos administrativos acusados; citó las normas de creación de las mesadas adicionales y aquellas que regulan los descuentos obligatorios para salud y concluyó que la ley es clara cuando señala que los descuentos para salud corresponde al 12% sobre las mesadas pensionales ordinarias y consentir lo contrario significa un abuso por parte de la autoridad competente.

Finalmente, citó pronunciamientos judiciales que han accedido a pretensiones similares y alegó que la administración con su actuación viola norma de rango superior como el artículo 58 de la Constitución Política.



#### **1.1.4. Escrito de contestación.**

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag, no presentó escrito de contestación, pese a que la demanda fue debidamente notificada a la siguiente dirección de correo electrónico:

**De:**Microsoft Outlook  
<MicrosoftExchange329e71ec88ae4615bbc36ab6ce41109e@etbcsj.onmicrosoft.com>  
**Enviado:**viernes, 11 de septiembre de 2020 4:25 p. m.  
**Para:**Gustavo Adolfo Amaya Zamudio <notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co>  
**Asunto:**Retransmitido: NOTIFICACIÓN PERSONAL AUTO ADMISORIO EXPEDIENTE 2019-00421

**Se completó la entrega a estos destinatarios o grupos, pero el servidor de destino no envió información de notificación de entrega:**

[Gustavo Adolfo Amaya Zamudio \(notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co\)](mailto:Gustavo.Adolfo.Amaya.Zamudio(notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co))

Asunto: NOTIFICACIÓN PERSONAL AUTO ADMISORIO EXPEDIENTE 2019-00421

#### **1.2. Trámite procesal**

La demanda fue radicada el 15 de octubre de 2019 y mediante proveído del 18 de noviembre de la misma anualidad esta Sede Judicial dispuso su admisión, pero teniendo como única entidad demandada a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag y como acto administrativo acusado el acto ficto negativo originado por el silencio de esa entidad frente a la petición radicada por la demandante el 11 de septiembre de 2018.

Con providencia del 8 de noviembre de 2021, se resolvió lo relacionado con el trámite de las excepciones, se fijó el litigio y se agotó la etapa probatoria; y con auto del 10 de mayo de 2022 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

##### **1.2.1. Los Alegatos de conclusión.**

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

##### **1.2.1.1. Alegatos de la parte actora**

Se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda; consideró que no resulta viable fundamentar los alegados descuentos en el principio de solidaridad, cuando los



aportes del servidor público se efectúan durante toda la vida laboral y además existe una cotización para el denominado *fondo de solidaridad*, por lo que no es justo que una vez el docente termina su relación laboral y pasa a devengar una pensión que corresponde al 75% del promedio de lo devengado mientras estuvo en servicio activo, tenga que someterse a un nuevo descuento del 12%, lo que hace que su mesada pensional realmente quede en un 63% de lo que en algún momento fueron sus ingresos.

Precisó que, pese a que los docentes tienen un régimen especial de administración y pago de las pensiones y de la prestación en servicio de salud; respecto de los reclamados descuentos, se encuentran cobijados por las normas aplicables al régimen general, esto es, la Ley 100 de 1993, sin que sea viable aplicar descuentos de esta ley y también los previstos en la Ley 91 de 1989.

Resaltó que existen disposiciones normativas que prohíben los descuentos sobre las mesadas adicionales y actuar en contrario vulnera el principio de legalidad; citó pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, en casos similares, accedió a las pretensiones de los demandantes y, alegó que los pronunciamientos de unificación proferidos por el Consejo de Estado no pueden afectar el derecho de la demandante porque son posteriores a las circunstancias de modo tiempo y lugar que originaron la demanda y no es posible darles aplicación retroactiva.

Finalmente, solicitó que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda.

#### **1.2.1.2. Alegatos de conclusión de la entidad demandada**

La apoderada de la entidad demandada en su escrito de alegaciones finales se refirió a la naturaleza jurídica del Fomag y al contrato de fiducia mercantil que suscribió con la Fiduprevisora S.A., para la administración de sus recursos.

Citó el régimen pensional de los docentes previsto en la Ley 91 de 1989, los Decretos 3135 de 1968, 1968 de 1969 y 1045 de 1978 y la Ley 812 de 2003 y destacó que, de conformidad con la referida Ley 91 es deber del Fomag descontar el 5% sobre todas las mesadas incluyendo las adicionales, porcentaje que fue incrementado al 12% por



virtud de la Ley 100 de 1993, aplicable a los docentes por disposición de la Ley 812 de 2003 y del Acto Legislativo 01 de 2005.

Solicitó que se dé aplicación a la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado el 3 de junio de 2021 y, con fundamento en ello, se nieguen las pretensiones de la demanda.

### **1.2.1.3. Concepto del Ministerio Público**

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Problema jurídico**

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 8 de noviembre de 2021, el problema jurídico se contrae a determinar si la demandante tiene derecho o no a que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reintegre los dineros descontados para salud sobre sus mesadas adicionales de junio y diciembre y suspenda dichos descuentos a futuro.

### **2.2. De lo acreditado en el proceso**

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

- 2.2.1.** Petición por la demandante ante Fomag el 11 de septiembre de 2018, con el fin de obtener los descuentos para salud sobre la mesada adicional de diciembre (págs. 2 y 3 – archivo 7 – digitalizado por el contratista).
- 2.2.2.** Oficio No. S-2018-161208 del 20 de septiembre de 2018, por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá le informa a la demandante que, comoquiera que su petición de suspensión y reintegro de los descuentos para salud, no recae sobre el reconocimiento de una prestación propiamente dicha, le corresponde a la Fiduprevisora S.A., en calidad de administradora de los recursos de Fomag atenderla y, por ello, procede a su remisión (págs. 4 y 5 – archivo 7 – digitalizado por el contratista).



**2.2.3.** Oficio No. 20190870306361 del 16 de febrero de 2019, a través del cual la Fiduprevisora S.A., negó la solicitud de suspensión y reintegro de los descuentos efectuados para salud sobre las mesadas adicionales (págs. 6 y 7 – archivo 7 – digitalizado por el contratista).

**2.2.4.** Extracto de pagos en donde se leen las mesadas ordinarias y adicionales devengadas por la demandante, así como las sumas descontadas para salud sobre cada una de ellas (págs. 10 a 15 – archivo 7 – digitalizado por el contratista).

### **2.3. Normativa y jurisprudencia aplicable en materia de descuentos para salud sobre las mesadas pensionales**

Como lo había dispuesto la Ley 4ª de 1966<sup>1</sup>, la obligación de cotizar un 5% de la mesada pensional con destino a la Caja Nacional de Previsión Social fue reiterada de manera más precisa por el Decreto 3135 de 1968<sup>2</sup>, en su artículo 37, así:

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

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

Luego, mediante Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968 citado, se desarrolló la prestación asistencial, traducida ésta en servicios médicos y otros, indicando que el descuento debía realizarse sobre cada mesada pensional, de la siguiente manera:

#### **<< Artículo 90. Prestación asistencial.**

*1. Los pensionados por invalidez, jubilación o retiro por vejez, tienen derecho a asistencia médica, farmacéutica, de laboratorio, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar, sin restricción ni limitación alguna.*

*2. Dicha prestación asistencial se suministrará al pensionado por la entidad, establecimiento, empresa o sociedad de economía mixta que pague la correspondiente pensión, bien directamente o mediante contratación con una entidad de previsión social.*

*3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional. >> (Subraya el Juzgado).*

<sup>1</sup> <<Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones>>

<sup>2</sup> <<Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales>>.



El monto de la cotización tantas veces señalada, fue incrementado a partir de la Ley 100 de 1993<sup>3</sup>, a un 12%, el cual con la adición que le introdujera la Ley 1250 de 2008<sup>4</sup>, se ratificó para los pensionados en el mismo porcentaje **sobre la mesada pensional percibida**.

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

Respecto a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tiene que la Ley 91 de 1989, que lo creó, en su artículo 8º, de igual manera estableció como fuente de sus ingresos, el 5% de cada mesada pensional devengada por su beneficiario, incluyendo las adicionales. Sin embargo, el porcentaje indicado en virtud de lo dispuesto por la Ley 812 de 2003<sup>6</sup>, sería el que determinarían las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir, un 12%, porcentaje que finalmente, fue corroborado por la Ley 1250 de 2008, para los pensionados.

A pesar de lo anterior, a través de la Ley 43 de 1984<sup>7</sup>, mediante su artículo 5º, había establecido la imposibilidad de disponer el descuento sobre la mesada adicional de diciembre, para sufragar el costo de la prestación asistencial atrás precisada. Esta prohibición fue reiterada por el Decreto Reglamentario 1073 de 2002, cuerpo normativo que desarrolló algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media.

Frente a la mesada adicional de junio la Sección Segunda del Consejo de Estado se pronunció mediante sentencia de fecha 03 de febrero de 2005, donde lo declaró nulo, al vislumbrar que el Gobierno se había excedido en su potestad reglamentaria, en tanto que no había norma legal que lo impidiera, a diferencia de la pagadera en el mes de diciembre<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> <<Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones>>.

<sup>4</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 párrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6 de la Ley 797 de 2003>>

<sup>5</sup> <<por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones>>.

<sup>6</sup> <<Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario>>

<sup>7</sup> <<por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público y se dictan otras disposiciones>>

<sup>8</sup> Sentencia Consejo de Estado de 3 de febrero de 2005. C. P. Ana Margarita Olaya Forero, proferida dentro del proceso No. 110010325000200200163.



La misma Corporación en su Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>9</sup>, había considerado improcedentes los descuentos aludidos:

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

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

Bajo los argumentos expuestos, esta Sede Judicial venía accediendo a las pretensiones en las demandas en las que se reclamaba la suspensión y reintegro de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre; sin embargo, comoquiera que, la posición no fue unánime en la jurisdicción, **el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación el pasado 3 de junio de 2021<sup>10</sup>** y estableció la siguiente:

#### **<<2. REGLA DE UNIFICACIÓN**

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

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

<sup>9</sup> Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

<sup>10</sup> Sección segunda, proferida dentro del proceso con radicado No. 66001333300020150030901, con ponencia del consejero William Hernández Gómez.



## 2.4. Caso concreto

Con el extracto de pagos aportado por la señora Myriam Julio García (págs. 9 a 15 – archivo 7 – digitalizado por el contratista), está acreditado que ella devenga pensión de jubilación por parte de Fomag, que percibe mesadas adicionales en los meses de junio y diciembre y que, para dichos meses el descuento para salud corresponde al doble de lo que se le descuenta sobre las mesadas ordinarias.

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

## 3. Condena en costas

Finalmente, pese a que conforme a los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP la condena en costas, que anteriormente era en atención al comportamiento de la parte, hoy es únicamente por haber sido vencida en una actuación procesal, el Despacho no condenará por estas a la parte actora porque el cambio jurisprudencial en esta jurisdicción de lo contencioso administrativo se produjo después de iniciado este proceso y la buena fe, como confianza legítima, ampararon el proceder de la parte ahora desfavorecida con la nueva línea jurisprudencial del Consejo de Estado.

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

## FALLA

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS**, conforme a lo expuesto en la parte motiva.



**TERCERO: RECONOCER** personería al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.211.391 y portador de la T.P. 250.292 del C.S. de la J., como apoderado principal de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la abogada Jenny Katherine Ramírez Rubio, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.030.570.557 y portadora de la T.P. 310.344 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de la misma entidad, de conformidad con el poder que fue allegado con el escrito de alegaciones finales (págs. 9 a 24 – archivo 9 – cuaderno principal).

**CUARTO: REMITIR** copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

[procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co](mailto:procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co)

[t\\_jkramirez@fiduprevisora.com.co](mailto:t_jkramirez@fiduprevisora.com.co)

[notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co)

[director\\_juridico@grupoinversasas.com](mailto:director_juridico@grupoinversasas.com)

[marialiae@hotmail.com](mailto:marialiae@hotmail.com)

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GIOVANNI ANDRÉS CEPEDA SANABRIA**

**Juez**

AM

Firmado Por:  
Giovanni Andres Cepeda Sanabria

**Juez**  
**Juzgado Administrativo**  
**009**  
**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **835cf64bff7f9b39f5eab53dd7d9d527d135a08ad8c2b7349f1baf72c9c28bd1**  
Documento generado en 22/08/2022 08:15:37 AM

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