

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 11001-33-35-009-2019-00226-00
Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ANA BEATRÍZ BELLO VARGAS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA – FIDUPREVISORA S.A.

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 ANA BEATRÍZ BELLO VARGAS contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A.

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 que se declare la nulidad del acto presunto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición radicada el 21 de febrero de 2017, que perseguía la suspensión y reintegro de los descuentos efectuados para salud sobre la mesada adicional de diciembre.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene: **i)** la suspensión del descuento del 12% efectuado para salud sobre la mesada adicional de diciembre; **ii)** el reintegro de los descuentos efectuados debidamente indexados, conforme lo prevé el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011; **iii)** el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 187, 188, 189 y 192 de la Ley 1437 de 2011 y, **iv)** la condena en costas.



1.1.2. Fundamentos fácticos

Narró que, el Fomag le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución No. 3444 del 23 de agosto de 2006, prestación que es cancelada a través de la Fiduprevisora S.A., la cual, también efectúa los descuentos para salud sobre las mesadas ordinarias y las adicionales, por lo que en algunos meses el descuento pasa a ser del 12% al 24%.

Puso de presente que, mediante petición radicada el 21 de febrero de 2017, solicitó a la Fiduprevisora S.A., la suspensión y reintegro de los descuentos efectuados para salud sobre la mesada adicional de diciembre, petición que a la fecha de presentación de la demanda no ha sido resuelta.

1.1.3. Fundamentos de derecho.

Argumentó que, la Fiduprevisora S.A. abusó de su competencia discrecional al efectuar descuentos para salud sobre la mesada adicional de diciembre sin acatar la Constitución y la ley, particularmente, el contenido del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 que no consagra descuentos sobre las mesadas adicionales.

Para terminar, citó pronunciamientos jurisprudenciales en torno al tema y solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda, toda vez que los descuentos aplicados no son autorizados por la ley.

1.1.4. Escrito de contestación de la Fiduprevisora S.A.

El apoderado de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las siguientes excepciones previas y de fondo:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** solicitó la desvinculación de la entidad, toda vez que su única función es administrar los recursos del Fomag, es decir, que no tiene la responsabilidad de expedir actos administrativos, y solamente actúa en el marco del contrato de fiducia mercantil.
- **Descuento por concepto de salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre en la pensión de jubilación de los afiliados al Fomag están amparados por la ley:** adujo que, fue la Ley 91 de 1989, la que previó que las



mesadas pensionales pagadas por el Fomag deberían ser objeto del 5% de descuento; porcentaje que se incrementó con la expedición de las Leyes 100 de 1993 y 812 de 2003 al 12%.

- **Improcedencia de la condena en costas:** solicitó que no se condene en costas a la entidad demandada, toda vez que no se encuentran probadas de manera objetiva y tampoco se ha desvirtuado la presunción de buena fe que la cobija.

1.1.5. Contestación de la demanda del Fomag

Esta entidad demandada no presentó escrito de contestación, pese a estar debidamente notificada al correo electrónico: notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co.

1.2. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 28 de mayo de 2019 y mediante proveído del 2 de septiembre de 2019 esta Sede Judicial dispuso su admisión en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag y la Fiduprevisora S.A.

Con providencia del 30 de agosto de 2021, se resolvió lo pertinente respecto de las excepciones previas y, mediante auto del 17 de mayo de 2022, se agotó el periodo probatorio, se fijó el litigio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que si a bien lo tuviere emitiese concepto.

1.2.1. Los Alegatos de conclusión.

En el término concedido por el Despacho, la Fiduprevisora S.A., rindió sus alegatos de conclusión; las demás partes guardaron silencio y el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

1.2.1.1. Alegatos de la parte actora

La parte actora guardó silencio en esta etapa procesal, pese a estar debidamente notificada del auto que corrió traslado para alegar de conclusión.



1.2.1.2. Alegatos de conclusión de la Fiduprevisora S.A.

La apoderada de esta entidad 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, el cual le permite ejercer la defensa jurídica de la entidad.

Hizo alusión al régimen prestacional previsto para los docentes en la Ley 91 de 1989 y precisó que es dicha norma la que consagra el deber de efectuar los descuentos para salud (5%) sobre todas las mesadas pensionales incluidas las adicionales, deber que es ratificado por la Ley 812 de 2003 en un porcentaje mayor (12%).

Citó la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado el 3 de junio de 2021 y, con fundamento en ella, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.2.1.3. Alegatos de conclusión del Fomag

Esta entidad demandada guardó silencio pese a estar debidamente notificada del auto que corre traslado para alegar de conclusión.

1.2.1.4. 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 17 de mayo de 2022, 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 y la Fiduprevisora S.A. suspendan los descuentos efectuados para salud sobre la mesada pensional adicional de diciembre y reintegren las sumas hasta la fecha descontada por dicho concepto.



2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

- 2.2.1.** Resolución No. 3444 del 23 de agosto de 2006, por medio de la cual Fomag ordenó le reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en favor de la demandante, efectiva a partir del 12 de diciembre de 2005 (págs. 1 y 2 – archivo 6).
- 2.2.2.** Petición radicada por la demandante ante la Fiduprevisora S.A. el 21 de febrero de 2017, por medio de la cual solicitó la suspensión y reintegro de los descuentos efectuados para salud sobre las mesadas adicionales (págs. 4 y 5 – archivo 6).
- 2.2.3.** Petición radicada ante el Fomag el 21 de febrero de 2017, con el fin de obtener la suspensión y reintegro de los descuentos efectuados para salud sobre las mesadas adicionales (págs. 6 y 7 – archivo 6).
- 2.2.4.** Oficio No. 2017-EE-036535 del 2 de marzo de 2017, por medio del cual el Fomag traslada por competencia a la Fiduprevisora S.A., la petición radicada por la demandante (pág. 8 – archivo 6).
- 2.2.5.** 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. 12 a 16 – archivo 6).

2.3. El acto acusado y el silencio administrativo

El silencio administrativo es efecto de la demora de la administración para resolver las solicitudes, reclamaciones y recursos que ante ella se han formulado; la ley ha establecido unos precisos términos para que esa ficción legal opere y la jurisprudencia distingue dos clases de silencio administrativo, a saber: i) el negativo, en el que transcurrido el plazo legal, la petición se entiende desestimada y ii) el positivo, en el que ante la omisión, la reclamación se considera que ha sido resuelta favorablemente.

La Ley 1437 de 2011 ha fijado términos distintos, ya sea que se trate de simples reclamaciones en ejercicio del derecho de petición en interés individual, o de la



interposición de recursos para agotar la vía administrativa. En efecto, el artículo 83 del CPACA, señala:

<<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>> (Subrayado del Despacho)

En el presente proceso se encuentra probado que la demandante solicitó ante las entidades demandadas la suspensión y reintegro de los descuentos para salud sobre la mesada adicional de diciembre, con peticiones radicadas el 21 de febrero de 2017, sin que a la fecha haya recibido respuesta de fondo, razón por la cual al haber transcurrido más de tres (3) meses, desde la presentación de las solicitudes, sin obtener respuesta clara y definitiva, se tienen por configurados los actos presuntos negativos.

2.4. Normativa y jurisprudencia aplicable en materia de descuentos para salud sobre las mesadas pensionales

Como lo había dispuesto la Ley 4ª de 1966¹, 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 1968², 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.

¹ <<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>>

² <<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>>.



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).

El monto de la cotización tantas veces señalada, fue incrementado a partir de la Ley 100 de 1993³, a un 12%, el cual con la adición que le introdujera la Ley 1250 de 2008⁴, 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 1976⁵, 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 2003⁶, 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 1984⁷, 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.

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

⁴ <<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>>

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

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

⁷ <<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>>



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 diciembre⁸.

La misma Corporación en su Sala de Consulta y Servicio Civil⁹, 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 2021¹⁰** 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).

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

⁹ Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

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



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.

2.5. Caso concreto

Con el extracto de pagos aportado por la señora ANA BEATRÍZ BELLO VARGAS (págs. 12 a 16 – archivo 6), está acreditado que ella devenga pensión de jubilación por parte de Fomag, que percibe mesada adicional en el mes de diciembre y que, para dicha mensualidad 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 éstas 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: DECLARAR configurados los actos presuntos negativos originados por el



silencio de las entidades demandadas frente a las peticiones radicadas ante cada una de ellas el 21 de febrero de 2017, de conformidad con las consideraciones expuestas.

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

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

CUARTO: 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 (archivos 13 a 15 del expediente electrónico).

QUINTO: 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

t_jkramirez@fiduprevisora.com.co

notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co

danfenixr@hotmail.com

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

SÉPTIMO: 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

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: **3c597bd2dfd44d23e95c96bccb157636e91fe80e42a3a12681ce1dfb1c03f9ec**

Documento generado en 27/09/2022 10:42:47 AM

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