RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Expediente	**11001-33-035-025-2020-00043-00**
Demandante	**SANDRA MÓNICA VÁSQUEZ CONTRERAS**
Demandada	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**
Medio de Control	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

De conformidad con lo previsto en el artículo 182 A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y no avizorando causal que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la **SENTENCIA** que en derecho corresponda, conforme con lo siguiente:

II. ANTECEDENTES

a. Pretensiones:

La actora depreca la declaratoria de existencia y nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo producto del silencio frente a la petición enervada a la Secretaría de Educación de Soacha – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 13 de junio de 2019 bajo el radicado SOA2019ER007072, donde solicito la suspensión y reintegro de los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de cada año y la nulidad del oficio 20190871756461 del 05 de agosto de 2019 proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A. que negó lo propio en relación con los descuentos en salud de las mesadas adicionales de cada año.

A título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** solicitó condenar a las accionadas a reintegrar y suspender los valores condenados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la pensión hasta el momento de la sentencia y al reconocimiento y pago de la indexación sobre las sumas adeudadas, a pago efectivo de conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 192 del CPACA y la condena en costas.

a. Fundamentos fácticos

- Mediante Resolución No. 0879 del 23 de octubre de 2014, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación a la accionante.

- Desde el primer pago de las mesadas adicionales a la demandante se le vienen realizando descuentos para salud de las mesadas adicionales, sin que exista norme que lo ordene.

- Por medio de petición del 13 de junio de 2019, solicitó a la Secretaría de Educación de Soacha, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el cese y reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud en las mesadas adicionales de cada año, frente a lo cual se profirió el oficio SEM 793 del 4 de julo de 2019 que remitió por competencia a la Fiduciaria la Previsora S.A.

- Mediante petición del 14 de junio de 2019 dirigida a al Fiduciaria la Previsora S.A. solicitó el cese y reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud en las mesadas adicionales de cada año, lo que fue negado por medio del oficio 20190871756461 del 05 de agosto de 2019.

b. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como **normas violadas** las siguientes:

Constitucionales: Artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228

Legales:

Ley 100 de 1993
Ley 812 de 2003
Ley 91 de 1989
Decreto 1073 de 2002.

c. Concepto de violación:

Consideró que la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente el descuento en las mesadas adicionales, al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 y estas y sus decretos reglamentarios a su vez no contemplan dichos descuentos.

III. TRÁMITE PROCESAL

1.- ADMISIÓN:

Por auto del 12 de marzo de 2020 – Fl.305 pdf; se admitió la demanda y se notificó en debida forma a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, el 15 de septiembre de 2020 - Fls. 313 pdf.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

No contestó la demanda

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

No contestó la demanda.

3-. Pruebas obrantes en el expediente. Fueron relacionadas como aportadas con la demanda las siguientes pruebas relevantes:

- Petición 10498 de 8 de junio de 2019, radicada ante el FOMPREMAG solicitando el reintegro y suspensión de los valores descontados por salud en las mesadas adicionales. (f. 32)

- Respuesta con radicado SEM 793 de 04 de julio de 2019 (fs.34-36)

- Petición 20190321982595 de 16 de junio de 2019, radicada ante LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. solicitando el reintegro y suspensión de los valores descontados por salud en las mesadas adicionales. (fs.38)

- Respuesta con radicado 20190871756461 de 5 de agosto de 2019 (fs.40-43)

- Resolución No. 0879 de 23 de abril de 2014 que reconoció de la pensión de invalidez. (fs. 29-31)

3. Alegatos de conclusión

Parte demandante.

Presentó sus alegatos de conclusión en tiempo manifestando que Referente al descuento de aportes en salud efectuado por la demandada sobre las mesadas adicionales de cada año, se evidencia ostensible transgresión en lo establecido en el Decreto 1073 de mayo 24 de 2002.

Sostuvo que con la actuación de FIDUPREVISORA S.A. se está violando el principio de legalidad que según la Corte Constitucional en la Sentencia C – 430 DE 2009

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora S.A.

Manifestó 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. Esa norma faculta al fondo a hacer 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.

MINISTERIO PÚBLICO: Guardo silencio

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Problema jurídico.

El litigio gira, principalmente, en torno a establecer:

Si la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene derecho a la suspensión y reintegro de los valores descontados en exceso para la salud y la obligatoriedad de las cotizaciones a seguridad social.

2. Solución al problema jurídico planteado.

Del acto ficto acusado

En el presente caso, se analizará lo relativo a la existencia y nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto de la petición enervada el 13 de junio de 2019 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio regional Soacha respecto de la devolución y cese de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Disposición que regula común a los procesos: **Artículo 83 del C.P.A.C.A.,** que dispone:

> ***"Artículo 83 del C.P.A.C.A.: Silencio Negativo. <u>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.</u>***
> *…*
>
> *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.*

No obstante, lo anterior en el presente caso milita a folio 34 pdf el oficio SEM. 793 del 04 de julio de 2019, mediante el cual se pronuncia respecto de la petición remitiéndola por competencia a la Fiduciaria la Previsora S.A., luego bajo ese supuesto no es que se halla guardado silencio por parte de la peticionada, sino que bajo su consideración el asunto no orbita dentro de su competencia para proceder a dar solución de fondo.

En ese orden, este Despacho considera que en el presente caso no se cumplen los supuestos establecidos en la norma para dar prosperidad a la declaratoria de existencia y nulidad del acto ficto deprecado.

- **<u>DE LOS DESCUENTOS POR SALUD DE LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE.</u>**

En este punto, previo a abordar la reglamentación y la jurisprudencia sobre la materia, se hace necesario manifestar, que este Despacho judicial venía accediendo a la

controversia de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, no obstante, por medio de sentencia del tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021), SUJ-024-CE-S2-2021, el Consejo de Estado unifico la jurisprudencia sobre esta materia.

En ese orden, ante la entidad del pronunciamiento y el carácter vinculante que ostenta, el Juzgado variará el precedente vertical que venía sosteniendo sobre este tema, para dar acogida a la posición expuesta por la referida sentencia, y es menester acogerlo toda vez que como efectos en el tiempo se dispuso, que abarcaría 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, se hace necesario dar aplicación a mismo.

Aclarado lo anterior, se procede a ilustrar lo considerado por el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo en la pluricitada sentencia:

(…)

35. El antecedente normativo de las cotizaciones al sistema de salud se puede ubicar en la Ley 4 del 23 de abril de 1966[1], la cual, en el artículo 2, dispuso que los pensionados deberían contribuir a la Caja Nacional de Previsión Social un 5% de su mesada pensional, norma reglamentada por el artículo 2[2] del Decreto 1743 del 9 de julio del mismo año[3]. Dicho porcentaje se mantuvo en el artículo 37 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968[4], que adicionalmente señaló que la finalidad del aporte sería que «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»[5]. Este aporte obligatorio se reiteró en el artículo 90, numeral 3[6], del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 y la prestación de los servicios asistenciales, en el artículo 7[7] de la Ley 4 de 21 de enero de 1976.

36. Posteriormente, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con el objetivo de que efectuara el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y garantizara la prestación de los servicios médico-asistenciales. Para tal fin, en el artículo 8 se precisó que dentro de los recursos que lo constituirían estarían los provenientes del 5% de cada mesada pensional pagada por el Fondo «incluidas las mesadas adicionales».

---

[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] «Parágrafo. - Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión.»
[3] «Por el cual se reglamenta la Ley 4.ª de 1966.»
[4] «Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.»
[5] Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-229 de 1998 «en el entendido de que esta norma no excluye el deber de realizar los aportes de solidaridad previstos por el sistema general de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993.»
[6] «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.»
[7] «Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, […], tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, […] de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.»

37. Adicionalmente, en los antecedentes de la Ley 91 de 1989, se precisó que tal medida tenía el propósito de permitir el pago de la mesada de pensional de medio año en favor de los docentes vinculados a partir de enero de 1981 y «es nueva frente a la de fin de año, que está exenta de cotización en Cajanal, en el Instituto de Seguros Sociales y en las Cajas o Entidades Territoriales […]»[8]. De esta manera queda expuesta la finalidad de los aludidos descuentos de las mesadas adicionales.

    (…)

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[9], y más adelante, el artículo 1 de la Ley 1250 del 27 de noviembre de 2008[10] 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[11] 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.

    (…)

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.

---

[8] Gaceta del Congreso, año XXXII N.° 103 de 17 de octubre de 1989. Ponencia pata primer debate al proyecto de ley número 49 de 1989, Senado «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio». Páginas 4 y 5.

[9] «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.»

[10] «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 6o de la Ley 797 de 2003.»

[11] 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».

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.

De otro lado, descartó la aplicación de las diferentes tesis relacionadas con el tema como lo son:

La excepción del artículo 5 de la Ley 43 de 1984, al considerar que ante la obligación legal que ordena los descuentos por aportes a salud de las mesadas adicionales, contenida en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, se concluye que ni el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 ni el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 regulan la materia para los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

El alcance del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, al respecto indicó que el Decreto1073 de 2002 hace parte del marco normativo de los descuentos de las mesadas de los pensionados con destino a las asociaciones gremiales, fondos de empleados y de las cooperativas, y es a estos a los que se refiere la norma cuando señala «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», con lo cual no debe extenderse a las cotizaciones de las mesadas adicionales del personal de docentes pensionados afiliados al FOMAG, pues en todo caso, dichos descuentos sí están autorizados por la ley, particularmente, por la Ley 91 de 1989 en el artículo 8

La condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes pensionados sostuvo que quienes reciben prestaciones y servicios de dicho Fondo aún se encuentran inscritos a él y reciben dichos beneficios. Por ello, es plausible concluir que están afiliados al FOMAG aquellos docentes que gozan de las prestaciones que dicha entidad les concede por ministerio de la ley, sin que puedan excluirse de este grupo de servidores aquellos que no tienen vigente una relación legal y reglamentaria para el ejercicio de la función docente.

El aporte de la mesada adicional conlleva un 24%, al respecto indicó que 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.

Finalmente, con relación a la La interpretación gramatical del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, sostuvo que 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.

Lo anterior la llevó a fijar la siguiente 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.** (Negrilla fuera de texto)

CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el expediente que la demandante:

- Nació el 18 de marzo de 1972 *(fl. 44 pdf)*.

- Le fue reconocida pensión de invalidez **mediante Resolución 0879 del 23 de abril de 2014, efectiva a partir del 18 de febrero de 2014** *(fl.30 pdf)*.

- El numeral 4 de la Resolución 0879 del 23 de abril de 2014 dispuso el descuentos por salud en las mesadas adiciones (fl. 30 pdf).

Así las cosas, decantada como se encuentra la procedencia de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se dispondrá negar las pretensiones en este sentido.

COSTAS

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso[12], no hay lugar a la condena en costas, porque no se demostró su causación. Lo anterior acorde con el Artículo 2º, Parágrafo 4º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho".

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A LL A

[12] *"**Artículo 365. Condena en costas.***
En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (…) ***8.*** *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

PRIMERO. - Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. - En firme esta sentencia, liquídense los gastos procesales, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

CUARTO. - La presente providencia se notifica a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en concordancia con el artículo 291 del Código General del Proceso (CGP).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

mas

Firmado Por:

Antonio Jose Reyes Medina

Juez Circuito

Sala 025 Contencioso Admsección 2

Juzgado Administrativo

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: **497ff0341093dbe7aa202986e48a0cbeb69aa40dcc2c257e33915aa77f93fa7a**

Documento generado en 14/09/2021 10:57:45 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica