



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 25 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA - ORAL**

Correo único de radicaciones: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.:	11001-33-35-025-2020-00089-00
DEMANDANTE:	ESTELIA LOZANO USECHE
DEMANDADO(A):	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO [FOMAG] y OTRO
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De conformidad con lo previsto en los artículos 182A y 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a proferir **sentencia anticipada** de primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **Estelia Lozano Useche** contra el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** [en adelante **Fomag**] y la **Fiduciaria La Previsora S.A.**

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

La señora **Estelia Lozano Useche** pretende que, a través del procedimiento previsto para este medio de control, se declare la existencia y nulidad del acto administrativo ficto originado del silencio administrativo negativo en que incurrió el **Fomag** respecto de la **solicitud de 2 de octubre de 2017**, orientada a obtener la suspensión y reembolso de los descuentos del 12% por concepto de aportes en salud practicados sobre las mesadas adicionales de su pensión de invalidez. Asimismo, solicitó la nulidad del Oficio 101040202 de 7 de noviembre de 2017, mediante el cual la **Fiduprevisora** negó tal solicitud.

A título de restablecimiento del derecho, se condene a las accionadas a suspender los descuentos en salud del 12% practicados sobre las mesadas adicionales de su pensión, y reintegrar las sumas deducidas por ese concepto, debidamente indexadas; tanto como

el cumplimiento del fallo en los términos previstos en los artículos 187, 188, 189 y 192 del CPACA y la correspondiente condena en costas.

1.2. Fundamentos fácticos.

Los hechos y omisiones en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas se resumen de la siguiente manera:

- Prestó sus servicios al Estado como docente oficial y, previo cumplimiento de las condiciones y requisitos de Ley, el **Fomag** le reconoció una pensión de invalidez, a través de Resolución 6909 de 23 de diciembre de 2008.
- A la demandante se le vienen realizando descuentos para salud sobre las mesadas adicionales.
- Solicitó ante el **Fomag** y la **Fiduprevisora** el cese y reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud en las mesadas adicionales de cada año.
- El **Fomag** no emitió respuesta y la **Fiduprevisora** negó la petición mediante Oficio 101040202 de 7 de noviembre de 2017.

1.3. Normas trasgredidas y concepto de violación.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

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

Legales y reglamentarias: Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003 y Decreto 1073 de 2002.

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, normas que, a su vez, no contemplan dichos descuentos.

Sostuvo que no se puede hablar de descuentos en 14 meses por año, cuando son 12 meses de servicio y no siempre con adecuada cobertura y calidad, por cuanto los docentes tienen que sufragar servicios privados o planes complementarios de salud.

Como sustento de sus argumentos trajo a colación la sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 1995.

1.4. Contestación de la demanda.

Pese a ser debidamente notificados de la admisión [pp. 59-60 pdf], ni el **Fomag** ni la **Fiduprevisora** contestaron la demanda.

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1. Parte demandante [p. 68-70 pdf]: alegó de conclusión en término, a través de memorial en el que reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

2.2. Parte demandada: las entidades accionadas no alegaron de conclusión.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

Este Despacho es competente para decidir el asunto en primera instancia, por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo con lo normado por los artículos 155, 156 y 157 del CPACA, en su redacción vigente¹.

Por consiguiente, sin que se advierta o evidencie causal alguna de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede este Juzgado a proferir la sentencia que en derecho corresponda

3.2. Del acto demandado.

El demandante pretende la declaratoria de existencia del acto administrativo ficto originado del silencio administrativo negativo en que incurrió el **Fomag** respecto de la solicitud orientada a obtener el cese y reembolso de los descuentos practicados por concepto de aportes en salud sobre las mesadas adicionales.

No obstante, el Despacho advierte que el Ministerio de Educación Nacional remitió tal petición por competencia, y la misma fue resuelta por la **Fiduprevisora** a través de Oficio

¹ Los citados artículos fueron modificados por la Ley 2080 de 2021, promulgada el 25 de enero de 2021. Empero, de conformidad con las disposiciones sobre su propia vigencia, contenidos en el artículo 86 de aquella, “rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada [esa] ley”.

20170161386021 de 7 de noviembre de 2017, razón por la cual, en presencia de un acto administrativo material pasible de control judicial, se impone tener por no probada la existencia del acto ficto demandado y proceder al examen de legalidad que corresponde respecto del oficio reseñado.

3.3. Problema jurídico.

El litigio consiste en establecer si la demandante, en su condición de docente afiliado al **Fomag**, tiene derecho a que dicha entidad y la **Fiduprevisora** dejen de practicar los descuentos por concepto de aportes en salud sobre las mesadas adicionales de su pensión de invalidez, y le reembolsen lo descontado por tal razón.

3.4. Normativa aplicable.

De la lectura del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, se puede concluir que **en materia pensional los docentes** se encuentran sometidos a dos regímenes distintos, dependiendo de la fecha de su vinculación a saber:

1.- Los docentes que se encontraban vinculados a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, seguirán rigiéndose por las disposiciones vigentes con anterioridad a la fecha en que entró a regir la citada ley, las cuales se encuentran consagradas en la Ley 91 de 1989.

2.- Los docentes que se vinculen con posterioridad al 27 de junio de 2003, tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombre y mujeres.

A su vez, el artículo 81 precitado, fue reglamentado parcialmente por el Decreto 2341 de 2003, el cual en su artículo 1º estableció que la tasa de cotización de los docentes afiliados al **Fomag** corresponde a la suma de aportes para la salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, **sin que ello implique una inclusión del docente pensionado al régimen general de pensiones.**

Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que en su artículo 8 dispuso:

“Artículo 8º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

(...)

5. **El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados (...)**"

Del artículo transcrito se concluye que para aquellos docentes que se encontraban vinculados al 27 de junio de 2003, fecha en que entró a regir la Ley 812 de 2003, se les debe descontar el 5% de las mesadas como aporte de los pensionados, **incluidas las mesadas adicionales.**

No ocurre lo mismo, respecto de aquellos docentes que se vincularon con posterioridad a la fecha indicada, pues, están sometidos en materia pensional al régimen común de prima media consagrado en las Leyes 100 de 1993, 797 de 2003, 1250 de 2008, y el Decreto 1073 de 2002.

Sobre el particular, la Ley 100 de 1993 consagró el pago de mensualidad adicional a la pensión de diciembre y estableció el pago de 30 días de la pensión pagadera con la mesada del mes de junio para los pensionados (arts. 50 y 142).

Cabe aclarar que el derecho al pago de treinta (30) días de la pensión pagaderos con la mesada del mes de junio, **conocido como la mesada catorce**, fue eliminado por el Acto Legislativo 1 de 2005, sin embargo, tal beneficio se mantuvo para aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

El artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en relación con el monto y distribución de las cotizaciones, dispone:

*"ARTICULO. 204.- Monto y distribución de las cotizaciones. Modificado por el art. 10, Ley 1122 de 2007, el nuevo texto es el siguiente: La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. **Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).***

*Inciso adicionado por el art. 1, Ley 1250 de 2008, así: La cotización mensual al régimen contributivo de salud **de los pensionados** será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional (...)*

Mediante el Decreto 1073 de 2002 fueron reglamentadas las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regularon algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas

pensionales en el régimen de prima media. Dispuso de manera expresa en el párrafo del artículo 1º, que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, **los descuentos de que tratan esos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales**².

Esta prohibición no resulta aplicable para los docentes pensionados con fundamentos en la Ley 91 de 1989, **por razón del régimen exceptuado que ostentan**, que contempla el descuento por aportes de pensionados a las mesadas pensionales, incluidas las adicionales, pues, esta prohibición es para aquellos pensionados bajo el régimen de prima media.

De manera que, el régimen pensional exceptuado que rige a los docentes, consagra la obligación por parte del **Fomag** de descontar un porcentaje como aporte de los pensionados, de todas y cada de las mesadas pensionales, incluyendo las adicionales, **equivalente a un 5%**.

3.5. Pruebas Recaudadas.

Fueron solicitadas, decretadas y legalmente incorporadas, las siguientes **pruebas documentales**:

- a. Copia de la Resolución núm. 6909 de 23 de diciembre de 2009, a través de la cual el **Fomag** reconoció a la actora una pensión de invalidez de conformidad con la Ley 91 de 1989, a partir de 9 de septiembre de 2008 [pp. 19-22 pdf].
- b. Peticiones presentadas el 2 y 4 de octubre de 2017 ante el **Ministerio de Educación Nacional** y la **Fiduprevisora**, orientadas a obtener la suspensión y reembolso de los descuentos del 12% por concepto de aportes en salud practicados sobre las mesadas adicionales de su pensión de invalidez [pp. 23-24 y 27-28 pdf].
- c. Oficio 2017-EE-182742 de 13 de octubre de 2017, mediante el cual el **Ministerio de Educación Nacional** remitió la petición por competencia a la **Fiduprevisora**.
- d. Oficio 20170161386021 de 7 de noviembre de 2017, a través del cual la **Fiduprevisora** negó la petición [pp. 25-26 pdf].
- e. Extractos de pago de la pensión [pp. 33-38 pdf].
- f. Copia de cédula de ciudadanía de la demandante [pp. 33-38 pdf].

² Artículo declarado nulo parcialmente mediante la sentencia del 3 de febrero de 2005, con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, Rad 3166-02.

3.6. Análisis crítico del caso concreto.

Recapitulando, se tiene que la demandante pretende obtener el cese y reembolso de los descuentos en salud efectuados sobre las mesadas adicionales de su pensión de jubilación.

Para resolver el particular, resulta relevante advertir que el **Fomag** reconoció una pensión de invalidez a la actora por gracia de Resolución núm. 6909 de 23 de diciembre de 2009, a partir de 9 de septiembre de 2008, acto administrativo que fue claro en establecer que la prestación se reconocería de acuerdo con lo previsto en la Ley 91 de 1989, norma que, en consecuencia, resulta aplicable al *sub lite*.

De los extractos de pago de pensión allegados, el Juzgado pudo establecer que la demandante devenga 13 mesadas, y que se viene aplicando el descuento en salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, en porcentaje de 12%.

Por consiguiente, de conformidad con el análisis normativo efectuado, es claro que a la demandante le debe ser descontado solo el 5% de su mesada por concepto de aportes al sistema de salud que administra el **Fomag**, razón por la cual resulta preciso ordenarle a esa entidad y a la **Fiduprevisora** el reintegro de los dineros que por concepto de aportes obligatorios en salud haya descontado en exceso, siempre y cuando no haya operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

Igualmente, se ordenará a la demandada suspender a futuro dichos descuentos en el monto en que exceda lo establecido por la ley, siempre que la entidad haya continuado realizándolos.

3.6.1. Prescripción: en la presente oportunidad la actora adquirió el estatus jurídico de pensionada el **9 de septiembre de 2008**, formuló la reclamación el **2 de octubre de 2017** (se toma la fecha de la primera solicitud), razón por la cual hay lugar a declarar la prescripción trienal del pago a las mesadas pensionales adicionales percibidas con anterioridad al **2 de octubre de 2014**.

3.6.2. Indexación: como quiera que será ordenado el pago de sumas de dinero, las cantidades que resulten en favor de la parte demandante, se ajustarán en su valor conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

R = Rh (Índice Final/Índice Inicial)

En la que el valor presente “R” se determina multiplicando el valor histórico “Rh”, que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de mesadas, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de las mesadas.

3.6.3. 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, no hay lugar a la condena en costas, porque no se demostró su causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado 25 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá - Sección Segunda Oral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR probada de oficio la excepción accesoria de prescripción, respecto de las mesadas causadas con antelación al **2 de octubre de 2014**, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del Oficio 20170161386021 de 7 de noviembre de 2017, emitido por la **Fiduprevisora** como administradora de los recursos del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio [Fomag]** y a la **Fiduciaria La Previsora S.A.**, en calidad de administradora de los recursos del primero, a reintegrar a **Estelia Lozano Useche**, identificada con la cédula de ciudadanía 28.976.304, los dineros que por concepto de aportes obligatorios en salud haya descontado por encima del 5% que legalmente corresponde sobre las

mesadas adicionales devengadas por ella, a partir de **2 de octubre de 2014**, por prescripción trienal.

CUARTO.- Las sumas que resulten a favor de la parte actora deberán ser actualizadas con la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia. **DÉSE CUMPLIMIENTO** a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 187 a 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás súplicas de la demanda.

SEXTO.- Sin condena en costas, en esta instancia.

SÉPTIMO.- En firme esta sentencia y de mediar solicitud, por Secretaría, **expídanse** las copias que corresponda, de conformidad con lo señalado por el artículo 114 del Código General del Proceso; y **archívese** el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

[firma electrónica en seguida]

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

JcVc

Firmado Por:

Antonio Jose Reyes Medina
Juez Circuito
División De Sistemas De Ingenieria
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: **acf0ab473f6a65180c79bbd0524c4354b2abe6ac54a28ac0a71fa9844ea6811d**
Documento generado en 14/06/2021 06:08:47 PM

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