



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

Señores.

**JUZGADO CATORCE (14) ADMINISTRATIVO DE LA ORALIDAD CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. - SECCIÓN SEGUNDA.**

Carrera 57 N° 43-91 Piso 4°.

E. S. D.

---

**Medio de Control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

**Radicado:** 11001333501420190055800

**Demandante:** FABIOLA BERNAL DE ALVAREZ

**Demandados:** LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – FIDUPREVISORA

**JUAN CAMILO OTÁLORA ALDANA**, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.022.407.069 de Bogotá, y portador de la Tarjeta Profesional No. 308.581 del Consejo Superior de la Judicatura actuando calidad de apoderado del Ministerio de Educación Nacional, -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en concordancia a sustitución del poder dada por el doctor **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, de conformidad a las atribuciones otorgadas por medio de escritura pública 522 del 28 de marzo de 2019, de la notaria treinta y cuatro (34) del circulo de Bogotá, D.C., dadas por el doctor **LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA** en su facultad de jefe de oficina Asesora Jurídica de la entidad aquí demandada, de conformidad a la resolución 002029 del 04 de Marzo de 2019 que reposa como anexo de la escritura anteriormente referenciada, por medio de la presente me permito presentar CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, en los siguientes términos:

**I. FRENTE A LAS PRETENSIONES.**

Con relación a las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas por la parte demandante, me opongo a todas y cada una de ellas así:

**A LAS DECLARATIVAS:**

Me opongo a todas y cada una de la declarativas, específicamente a la declaratoria de nulidad del acto ficto negativo derivado de la petición de fecha 14 de junio de 2017, mediante el cual negó a la docente el reintegro de los descuentos del 12% realizados por aportes en salud sobre las mesadas adicionales percibidos con ocasión al disfrute de la pensión de jubilación reconocida al demandante, en razón que este fue expedido con arreglo a la normatividad vigente y reglamentaria aplicable a los derechos pensionales de la docente.



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

## A LAS CONDENATORIAS:

Me opongo al Restablecimiento del Derecho, al reintegro y suspensión de los descuentos del 12% efectuados en salud a las mesadas adicionales sobre la pensión de jubilación por estar ajustados a la norma jurídica, así como al pago de intereses moratorios e indexación, cumplimiento de fallo y costas y agencias en derecho, como quiera que estas pretensiones son consecuencia de las anteriores, luego al no proceder el reconocimiento de las pretensiones declarativas, tampoco habrá a lo solicitado en las pretensiones condenatorias.

## II. FRENTE A LOS HECHOS.

**PRIMERO: ES CIERTO**, de acuerdo a la Resolución No. 2551 del 28 de junio de 2006.

**SEGUNDO: ES CIERTO**, sin embargo, la Fiduciaria la Previsora S.A., actúa conforme a lo estipulado en la norma especial que dio creación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es decir lo consagrado en el la ley 91 de 1989.

**TERCERO:** Mi representada se atiene a lo que se logre demostrar en el proceso, por tal motivo solicito que se aplique lo establecido en el artículo 167 del C.G.P. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, en el cual corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho de sus afirmaciones.

**CUARTO: NO ES CIERTO**, la fiduciaria la Previsora S.A., en su calidad de administradora de los recursos del FOMAG, actuó conforme a derecho, toda vez que el artículo 8 No. 5 de la ley 91 de 1989, prevé la realización de los descuentos a las mesadas adicionales que perciben los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**QUINTO:** Mi representada se atiene a lo que se logre demostrar en el proceso, por tal motivo solicito que se aplique lo establecido en el artículo 167 del C.G.P. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, en el cual corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho de sus afirmaciones.

**SEXTO:** Mi representada se atiene a lo que se logre demostrar en el proceso, por tal motivo solicito que se aplique lo establecido en el artículo 167 del C.G.P. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, en el cual corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho de sus afirmaciones.

**SEPTIMO:** Mi representada se atiene a lo que se logre demostrar en el proceso, por tal motivo solicito que se aplique lo establecido en el artículo 167 del C.G.P. “Incumbe a las partes probar



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, en el cual corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho de sus afirmaciones.

**OCTAVO A DECIMO:** Mi representada se atiene a lo que se logre demostrar en el proceso, por tal motivo solicito que se aplique lo establecido en el artículo 167 del C.G.P. “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, en el cual corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho de sus afirmaciones.

### III. EXCEPCIONES DE FONDO.

#### I EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD.

El acto administrativo emitido se encuentra ajustado a derecho, en la medida que se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

#### II. EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

Se propone como medio exceptivo de la reclamación solicitada por el demandante, con el cual pretende el reembolso de dineros descontados en salud efectuadas a las mesadas adicionales, esto de conformidad con lo consagrado en la Ley 91 de 1989, artículo 143 de la Ley 100 de 1993, Ley 812 de 2003, y artículo 48 de la constitución política de 1991, que a su vez es connotado en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Mencionada la normatividad aplicable, se dilucida que el acto administrativo acusado no viola las disposiciones invocadas por la parte actora, antes bien está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse tanto legales como jurisprudenciales, pues es aquí donde debe recordarse que la regla general del ordenamiento jurídico colombiano para todas las pensiones es el descuento del 12% para cotizaciones en salud, y qué además ha sido esta la posición jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado en diversos pronunciamientos, en alusión a ello, en lo que respecta al régimen pensional docente, en especial a las cotizaciones en salud, tanto para los pensionados por el FOMAG (**pensión ordinaria**), como para los pensionados por la UGPP (**pensión gracia**), en reciente Sentencia del 10 de mayo de 2018, radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14), proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, siendo consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTÉS, se dejó sentado entre otras cosas que: *...“En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar aportes correspondientes al sistema de salud*



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

*para la prestaciones de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio independientemente de que se preste o no el servicio en salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el Sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.”*

No corresponde, entonces, ordenar el reintegro y suspensión de los descuentos en salud efectuados a las mesadas adicionales de la pensión de jubilación que ha venido disfrutando la docente, y por tanto, tampoco existe obligación prestaciones correlativa a cargo de la entidad demandada, dado que como quedó expuesto los descuentos efectuados gozan plena legalidad.

### III. EXCEPCIÓN DE COBRO DE LO NO DEBIDO.

Los descuentos en salud realizados sobre las mesadas adicionales de la pensión de jubilación de la docente, se efectuaron de conformidad con los principios constitucionales de sostenibilidad, eficiencia y universalidad, así como con lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, la cual dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG, lo cual conlleva a que a los mismos se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, dado que de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen, por el contrario la Ley 91 de 1989 (normatividad que se encuentra vigente y por ello debe aplicarse) en su artículo 8° faculta al FOMAG para dicho trámite.

Así las cosas, los descuentos que se generaron fueron ajustados a derecho, sin que sea procedente el cobro de los mismos ni su suspensión.

### IV. EXCEPCIÓN DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA.

Al respecto, cabe mencionar que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obligó a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

En tal sentido, el Acto Legislativo 01 de 2005, afirmó que los principios de sostenibilidad financiera, y sostenibilidad fiscal tenían un rango constitucional, lo cual implicó que cada ley que se expida con posterioridad a éste, deberá regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establezcan. Es decir, determinó que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

## V. EXCEPCIÓN DE BUENA FE.

Tal como se especificó en el oficio de respuesta y en la resolución mediante la cual se reconoció la prestación "En virtud de lo que dispone la ley 91 del 89 y el artículo 1 de la ley 812 de 2003, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontara el 12% del valor de cada mesada pensional, para efectos de la prestación del servicio médico asistencial en beneficio del jubilado", se evidencia el buen obrar de la entidad. De igual manera actúa de buena fe la entidad, cuando es respetuoso de la legislación existente en materia de pensiones, con base en nuestro ordenamiento Constitucional y Procedimental aplicando a cada caso en particular la legislación vigente para así satisfacer las necesidades de todos los asegurados, salvaguardando constantemente el erario.

Conforme a lo anterior, es clara la efectiva prosperidad de las excepciones.

**EXCEPCIÓN GENÉRICA:** En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez en necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente, 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.

En efecto, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

## IV. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICA DE LA DEFENSA.

### FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La ley 91 de 1989 en su artículo tercero creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual reza textualmente:

**Artículo 3º.-** *Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o*



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

*variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.*

## **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.**

Sea lo primero señalar 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 precitado fondo, como se ve a continuación:

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

*1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*

*...*

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

Entonces es claro que, por autoridad de la citada ley es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la Entidad encargada de descontar el 5% de cada mesada pensional cancelada a un docente, inclusive las mesadas adicionales cualquiera que sea su naturaleza.

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

*“Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales.*

*...*

**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.**

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

Para mayor claridad, es preciso indicar lo dispuesto por el artículo el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 el cual señala lo siguiente:



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

**“ARTÍCULO 204. Monto y distribución de las Cotizaciones. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** (Subraya y negrilla fuera de texto)

Posteriormente, el párrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, sería el establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, por lo que es claro establecer que la precitada ley únicamente altero respecto del personal docente, lo correspondiente al porcentaje destinado a aportes de salud, mas no modificó su régimen pensional.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que uno de los principios del sistema de seguridad en salud en Colombia, es justamente el de solidaridad y para esa intención la Ley 100 de 1993, los decretos 1283 de 1996, y 780 de 2016, dispusieron el funcionamiento de “un Fondo de Solidaridad y Garantías”, el cual quedó estipulado en el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, que dispuso:

**“ARTÍCULO 280. APORTES A LOS FONDOS DE SOLIDARIDAD.** Los aportes para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones consagrados en los artículos 27 y 204 de esta Ley serán obligatorios en todos los casos y sin excepciones. Su obligatoriedad rige a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.”

Sobre este contexto en reciente sentencia el H. Consejo de estado<sup>1</sup>, y en lo que respecta al régimen pensional docente, en especial a las cotizaciones en salud, tanto para los pensionados por el FOMAG (**pensión ordinaria**), como para los pensionados por la UGPP (**pensión gracia**), se ha afirmado:

*“Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).*

*De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.*

<sup>1</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, 10 de mayo de 2018, Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14) Actor: MARÍA BETTY AYDEE MUÑOZ GONZÁLEZ



Al contestar por favor cite:  
 Radicado No.: **20201183168791**  
 Fecha: **09-11-2020**

**25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,**

...  
**26. De lo expuesto se puede concluir que todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ...”<sup>2</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto)**

En todo caso, se logra inferir del marco normativo y la jurisprudencia aplicable que, en un conjunto todo está estrechamente ligado con lo contemplado en la norma superior, esto es, el principio constitucional de solidaridad. En efecto, se recuerda que la disposición primera constitucional consigna como principio fundante del Estado Social de Derecho la solidaridad de las personas que la integran: *Colombia es un Estado social de derecho, (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.(...) a su vez,* la Corte Constitucional en Sentencia T.-12600. M.P. Alejandro Martínez Caballero, ha sostenido:

*"En materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los participantes de este sistema deban contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficacia, lo cual implica que sus miembros deben en general cotizar, no solo para poder recibir distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en conjunto..."*

En conclusión, los actos administrativos acusados gozan de legalidad en la medida que no excedieron en los parámetros contemplados por la ley 91 de 1989 y la ley 812 de 2003, que indican que el descuento que se debe hacer a los docentes en la pensión ordinaria equivale al 12%, luego los descuentos efectuados al demandante sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre se ajustan a la normatividad vigente y en consecuencia no hay lugar a la devolución ni a la suspensión de los mismos, aunado a que dichos aportes se efectúan con fundamento en el principio de solidaridad que permite la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 21 de julio de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Énfasis fuera de texto.



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

## VIABILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS DESCUENTOS EN SALUD

Es fundamental precisar que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo en su artículo 3.º lo siguiente:

**Artículo 3.** Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.

En este orden de ideas, dentro del mismo compendio normativo, se manifestó quienes son vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio «FOMAG»

**Artículo 4.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica. (Negritas y subrayado fuera del texto)

Descendiendo al tema que nos ocupa, la Ley 4ª de 1996 y posteriormente el decreto 3135 de 1968 en su artículo 37, determinaron la obligación de cotizar un 5% de la mesada pensional con destino a la caja Nacional de Previsión social, en el fin de financiar los servicios de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

Seguidamente, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, desarrolló la prestación asistencial, traducida ésta en servicios médicos y asistenciales, indicando que el descuento debía realizarse sobre cada mesada pensional, en proporción del 5% a descontar por dicho concepto.



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

Posteriormente, con la expedición de la Ley 100 de 1993 el monto de la cotización aludida, se incrementó en un 12%, el cual se ratificó con la Ley 1250 de 2008, que fijó el mismo porcentaje sobre la mesada pensional percibida

Ahora bien, frente a las mesadas adicionales, conviene precisar que estas solo fueron reguladas a partir de la Ley 4ª de 1976, estipulándose inicialmente solo la mesada del mes de diciembre. En relación con la de junio, esta fue consagrada hasta la expedición la Ley 100 de 1993.

Frente a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tiene que la Ley 91 de 1989 en su artículo 8.º 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 de FOMAG, al respecto se señaló:

“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.**

[...]”

Así pues, es claro que, por autoridad de la citada ley es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada de descontar el 5% de cada mesada pensional cancelada, incluyendo las mesadas adicionales cualquiera que sea su naturaleza.

Ulteriormente, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 previó que, el régimen de cotización de los docentes que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003:

“[...]

**El valor total de la tasa de cotización para 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



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

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.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

[...]"

Aunado a lo anterior, es pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, que reza:

Monto y distribución de las Cotizaciones. **La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

El Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el Plan de Salud Obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207 y la subcuenta de las actividades de Promoción de Salud e investigación de que habla el artículo 222.

Parágrafo 1º. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones de esta Ley."

De igual manera, es importante resaltar el parágrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual dispuso:

"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

Visto lo anterior, se entiende que el porcentaje indicado en virtud de lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, sería el que determinarían las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir, en un 12%, proporción que finalmente, fue confirmada por la Ley 1250 de 2008, para todos los pensionados sin distinción de ningún tipo.

De esta manera lo concluyó la Sala de Consulta y Servicio Civil que, en el caso específico de los docentes con pensión reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando determinó que la viabilidad o no de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales reconocidas a dicho personal, dependía de la fecha de vinculación al sector educativo.

Así, la Alta Corporación concluyó que<sup>3</sup> i) para los docentes oficiales vinculados antes del 27 de junio de 2003, que se encontraran devengando pensiones por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el descuento de la cotización del 5% para salud debía realizarse sobre cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales; mientras que para ii) los educadores que ingresaron al ramo docente a partir del 27 de junio de 2003, las cotizaciones del 12% para salud procedería sobre cada mesada pensional, salvo las adicionales de junio y diciembre, de acuerdo con el derecho que tuviera el docente a devengar una u otra mesada.

De acuerdo con lo expuesto, los descuentos realizados sobre las mesadas pensionales adicionales para financiar los servicios de salud de los docentes pensionados por FOMAG, que se vincularon al sector oficial educativo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, han venido siendo aplicados correctamente, pues hasta la expedición de dicha norma se estipuló la exclusión de los descuentos de salud en las mesadas pensionales adicionales. Por tal motivo, y tal como lo afirmó el Consejo de Estado en el concepto citado, las disposiciones del régimen pensional especial y del sistema general de seguridad social en pensiones, no se pueden aplicar indiscriminadamente según favorezca los intereses del pensionado, atendiendo a la inescindibilidad de la norma.

A su vez, esta postura se encuentra respaldada en un pronunciamiento proferido recientemente por el consejo de estado en sede de tutela, al concluir que a pesar que la Ley 812 de 2003 regule el monto de las cotizaciones a salud de quienes devengan pensión por cuenta del FOMAG, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas, tanto ordinarias como adicionales.

### Caso en concreto

Aterrizando al caso en concreto, teniendo en cuenta que la accionante se vinculó como docente, antes la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se puede colegir que de acuerdo a la pauta

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1988 del 11 de marzo de 2010. C.P. William Zambrano Cetina



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

interpretativa fijada por la Sala de consulta y servicio Civil el Consejo de Estado, los descuentos efectuados sobre su mesada adicional de diciembre se encuentran ajustados a derecho.

Así la cosas y si bien el monto para calcular su cotización se encuentra fijado en la Ley 812 ibídem, es la Ley 91 de 1989 la que regula el régimen pensional aplicable a su caso, y en ella se autoriza el descuento de un 5% sobre cada mesada adicional pensional devengada por la beneficiaria, incluyendo las adicionales, con el fin de financiar la prestación de los servicios de salud

## V. PETICIONES.

Al tenor de las excepciones anteriormente planteadas, respetuosamente solicito a su H. despacho, que previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

**PRIMERO.** Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

**SEGUNDO.** Ordenar el Archivo del Expediente.

**TERCERO.** Condenar en costas judiciales y agencias en derecho a la parte actora.

## VI. PRUEBAS.

### Documentales.

De la manera más respetuosa solicito al despacho tenga como pruebas las aportadas en el libelo de la demanda.

## VII. ANEXOS.

1. Poder especial conferido a mi favor.
2. Escritura Pública No. 522 del 28 de marzo de 2019 otorgada en la Notaria Treinta y Cuatro (34) del Círculo de Bogotá.
3. Resolución 15068 del 28 de agosto de 2018 y sus anexos.



Al contestar por favor cite:  
Radicado No.: **20201183168791**  
Fecha: **09-11-2020**

### NOTIFICACIONES.

La entidad demandada recibirá notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico: [notjudicial@fiduprevisora.com.co](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co) y [t\\_jotalora@fiduprevisora.com.co](mailto:t_jotalora@fiduprevisora.com.co)

Del señor Juez,

**JUAN CAMILO OTÁLORA ALDANA**  
C.C. No. 1.022.407.069 de Bogotá D.C.  
T.P.No. 308.581 del C. S. de la J

Señor Juez  
JAVIER LEONARDO ORJUELA ECHANDÍA  
JUZGADO CATORCE (14) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.  
E. S. D.

**REFERENCIA:** 11001-33-35-014-2019-00558-00

**DEMANDANTE:** FABIOLA BERNAL DE ÁLVAREZ Y OTROS

**DEMANDADO:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C. y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

### **ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**VIVIANA CAROLINA RODRÍGUEZ PRIETO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.471.577 de Bogotá D.C., y portadora de la tarjeta profesional No. 342.450 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada sustituta de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C.**, (en adelante SED o mi representada), manifiesto que por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término legal, me permito contestar la demanda bajo las siguientes consideraciones:

#### **CAPÍTULO I**

#### **PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES Y DECLARACIONES DE LA DEMANDA**

En cuanto a las pretensiones de la demanda, me opongo a la prosperidad de todas y cada una de ellas en los siguientes términos:

#### **DECLARACIÓN PRINCIPAL**

**DECLARACIÓN PRIMERA:** Me opongo a esta pretensión teniendo en cuenta que el oficio de la referencia fue proferido por la Fidupervisora S.A. sin que mi representada tuviera conocimiento alguno sobre la supuesta reclamación presentada ante dicha entidad.

#### **DECLARACIÓN SUBSIDIARIA**

**DECLARACIÓN PRIMERA:** Me opongo a esta pretensión en su totalidad, toda vez que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

#### **CONDENAS**

**1.1.1. DECLARACIÓN PRIMERA:** Me opongo a esta pretensión en su totalidad, toda vez que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**1.1.2. DECLARACIÓN SEGUNDA:** Me opongo a esta pretensión en su totalidad, toda vez que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., no es la entidad encargada del reconocimiento

y pago de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**1.1.3. DECLARACIÓN TERCERA:** Me opongo a esta pretensión en su totalidad, toda vez que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**1.1.4. DECLARACIÓN CUARTA:** Me opongo a esta pretensión en su totalidad, toda vez que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

## **CAPÍTULO II**

### **CONTESTACIÓN A LA DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS RELACIONADOS EN LA DEMANDA**

En cuanto a los hechos expuestos en el escrito de la demanda, me permito pronunciarme en los siguientes términos:

**AL HECHO PRIMERO: ES CIERTO.** Conforme a la documentación que reposa en el expediente.

**AL HECHO SEGUNDO: ES PARCIALMENTE CIERTO.** En la medida que la afirmación realizada “*por lo cual al considerar abiertamente ilegal*” no es un hecho, todo lo contrario, resulta una atribución arbitraria que decanta el apoderado de la parte demandante sin que un juez de la república lo declare ilegal.

**AL HECHO TERCERO: ES CIERTO.** Sin embargo, cabe aclararle a este despacho que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio y la expedición de dicho acto es responsabilidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**AL HECHO CUARTO: NO LE CONSTA A LA ENTIDAD.** Los documentos relacionados es este hecho no fueron radicados ante la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ. Al existir dudas al respecto, deberán probarse en el presente proceso.

**AL HECHO QUINTO: NO ES UN HECHO.** Son observaciones respecto del hecho de cómo se debe supuestamente realizar los descuentos de las mesadas adicionales.

**AL HECHO SEXTO: NO ES UN HECHO.** Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso.

**AL HECHO SÉPTIMO: NO ES UN HECHO.** Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso.

**AL HECHO OCTAVO: NO ES UN HECHO.** Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso.

**AL HECHO NOVENO: NO ES UN HECHO.** Son observaciones sobre la normatividad aplicable al caso.

**AL HECHO DECIMO: ES CIERTO.** Conforme a la documentación que reposa en el expediente.

### CAPÍTULO III RAZONES Y FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

En procura de ejercer el derecho a la defensa y de ofrecer al Juzgado la información necesaria para proveer sobre lo pertinente en las pruebas y la decisión del caso, me permito pronunciarme frente a cada uno de los enunciados descriptivos de los hechos y argumentos jurídicos presentados en el escrito de la demanda.

Así, el problema jurídico a resolver en el presente asunto consiste en determinar si a los demandantes, les asiste el derecho a que se les reconozcan la devolución y pago de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, desde que adquirió el derecho a la pensión de jubilación, y la suspensión de dichos descuentos.

#### 1. Descuento de salud del 12% para las mesadas adicionales – Validez de los descuentos sobre mesadas pensionales para efectos de aportes a seguridad social en salud

La Ley 4 de 23 de abril de 1966, “por medio de 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”, estableció el porcentaje que se debe descontar a los pensionados de su mesada para la seguridad social, así:

*“Artículo 2º. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social cotizarán con destino a la misma, así:*

*a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y*

*b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes. Parágrafo. **Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional**” (Negrillas fuera del texto)*

De acuerdo con lo anterior, el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968, “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”, dispone:

*“Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que le pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.*

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

Así mismo, el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, que reglamentó el Decreto 3135 de 1968, reitera:

*“Artículo 90. Prestación asistencia.  
(...)”*

**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.”** (Negrillas fuera del texto)

Ahora bien, con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994, el monto de cotización al sistema de salud se incrementó, quedando en un 12% a partir del primero de enero de 1996, indicando que las cajas, fondos o entidades se ajustaran al sistema de cotización reglamentado.

De otra parte, en lo referente a las mesadas adicionales de junio y diciembre, el artículo 1 del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, prohibió realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, no obstante, el Consejo de Estado, en la Sentencia del 3 de febrero de 2005, declaró nulo parcialmente el mencionado artículo, abriendo la posibilidad de efectuar el descuento del 12% sobre la mesada de junio, a todos los docentes pensionados, de acuerdo con el artículo 142 de la ley 100 de 1993, así:

*“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

*PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”*

A su turno, la Ley 4 de 1976 indicó que, a los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y similares, no se les podía descontar de la mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% por concepto de salud, referida en el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, posteriormente el Concepto del 16 de diciembre de 1997, radicado 1064 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dijo:

*“(…) 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 cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.”*

No obstante, lo anterior como dichos docentes pertenecen a un régimen exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993, es posible el descuento del 12% en las mesadas adicionales de junio y diciembre, encontrándose la disposición ratificada por el inicio primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, que señala:

*“Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”*

De la norma transcrita, se evidencia que antes de la Ley 812 de 2003, se encontraba vigente la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que dispuso como aporte de los pensionados el 5%, incluyendo las mesadas adicionales, que con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue modificado lo concerniente a la tasa de cotización, así:

*“(…)*

***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.” (Negrillas fuera del texto)*

De lo anterior, se observa que la norma en ningún momento prohíbe el descuento en salud a las mesadas adicionales de junio y diciembre, afirmando que solamente las personas vinculadas con posterioridad a su entrada en vigencia se encuentran amparadas por el régimen de prima media, situación está que no se configura en el presente caso.

En relación con las normas citadas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Sección Segunda – Subsección A, en sentencia del 7 de junio de 2012, con radicado No. 11001333102820100044801, afirmó:

*“En esas circunstancias, no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización de salud. El interrogante que subsiste es si la norma acusada debió o no prever una regulación de transición igual a la establecida por el artículo 143 de la ley 100 de 1993 que en el régimen general reajustó las pensiones en un valor equivalente al incremento de la cotización en salud (...)*

**17- Conforme a lo anterior, el cargo de igualdad no está llamado a prosperar, por cuando la regulación de la cotización en salud no puede ser considerada una prestación autónoma y separable. En efecto, esa cotización está ligada al conjunto de los servicios de salud prestados al magisterio, que representan un régimen específico, pues dichos servicios son prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, como lo dice otro aparte de la disposición acusada. Y en esas circunstancias, no tenía por qué la norma acusada prever el incremento de la cotización en salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio un incremento en su mesada idéntico al previsto por la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de salud y personal es en ambos casos distinto, como la cotización está vinculada al conjunto de régimen, no puede ser considerada una prestación autónoma y separable. La Ley no estaba entonces obligada a prever para el aumento de la cotización en salud de los pensionados del régimen especial de los docentes un mecanismo compensatorio idéntico al establecido por la Ley 100 de 1993 para el sistema general de seguridad social”** ( Negrilla y subrayado fuera del texto)

Fue clara la Corte en el citado pronunciamiento, en torno a que el régimen general y el especial no han de mezclarse al arbitrio del particular, sino que debe respetarse y cumplirse íntegramente, al respecto expresó:

*(...)*  
***De conformidad con lo anotado, no existe razón para ordenar el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud, como quiera, que los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por pertenecer a un régimen especial se rigen por normas especiales y no pueden ser beneficiarios del régimen general, de cuya cobertura están excluidos expresamente. Por tanto, como la ley 91 de 1989, norma aplicable en el sub examine, permite que el descuento para salud sea efectuado a cada una de las mesadas que recibe el pensionado, no puede pretender la actora que se le reintegren unos aportes que fueron debidamente descontados, de conformidad con las normas que regulan su régimen especial.”***  
(Negrillas fuera del texto)

Conforme a las Leyes y Jurisprudencia citada, para los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el descuento en salud se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, la

cual, es aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el pensionado; razón está por la que no se observa señor juez la existencia del derecho alguno para pretender la devolución de los descuentos efectuado bajo la aplicación de un régimen de prima media, a aquellos docentes que fueron vinculados antes del año 2003, casos particulares como se observan en la presente discusión.

En consecuencia, en estos casos no se debe realizar reintegro de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, y tampoco a que cesen dichos descuentos.

## 2. La imposibilidad de condena en cabeza de la Secretaría de Educación Distrital

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>1</sup>, la legitimación en la causa por pasiva corresponde a la capacidad jurídica y procesal de la parte demandada para comparecer en juicio y para oponerse a las pretensiones.

Adicionalmente, vale la pena precisar que esta Corporación tiene determinado que el presupuesto procesal de la legitimación en la causa tiene dos dimensiones, de hecho y material. i) *“La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva”*<sup>2</sup>; (ii) La segunda, hace relación a la participación real que tienen las personas con el hecho origen de la formulación de la demanda y el vínculo con los derechos o intereses en discusión, circunstancia que permite establecer si existe mérito de las pretensiones del actor o las razones de oposición del demandado para dictar sentencia de fondo.

De esta manera, es posible que un sujeto que es parte del proceso, a pesar de encontrarse legitimado en la causa de hecho, no cuenta con legitimación en la causa material ya que no ostenta relación alguna con los hechos que dieron origen al proceso o, que de conformidad con la ley sustancial, no está llamado a responder por los derechos en controversia, lo cual trae como consecuencia que las pretensiones formuladas están llamadas a fracasar pues el demandado no se encuentra en la posibilidad de reparar los perjuicios ocasionados al demandante.<sup>3</sup>

Bajo el anterior entendimiento, la legitimación en la causa material por pasiva implica que la Entidad que es demandada, es la que está llamada a responder y restablecer el derecho del demandante ante una eventual sentencia condenatoria al encontrarse probada la participación real en el hecho o el vínculo jurídico sustancial con los intereses que se encuentran en disputa.

En el presente caso, mi representada no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha transferido la administración del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no puede esta entidad asumir funciones ni competencias que la ley no le ha prescrito, como lo es el reconocimiento de prestaciones sociales y el correspondiente pago de esos dineros.

Al respecto, se debe traer a colación algunas de las disposiciones que establecen en cabeza de un ente diferente a la Secretaría de Educación Distrital cualquier eventual pago por los conceptos aquí reclamados.

Es así como la Ley 91 de 1989, artículo 2 numeral 5 dispone:

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Auto del 07 de febrero de 2019. Radicado: 68001-23-33-000-2014-00346-01(2174-15).

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicado: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890).

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 2011. Radicado: 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753).

*“(...) las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se acusen a partir del momento de la promulgación de la presente ley son de cargo de la Nación y serán pagados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...)”*

A su turno, el Decreto 2831 de 2005 contempló:

*“(...) La secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:*

*1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*

*2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*

*3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*

*4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.*

*5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme. (...)”*

En consecuencia, y al no estar encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no es viable proferir condena en contra de mi representada.

### **3. DEL CASO CONCRETO**

De las pruebas que se aportan dentro del expediente, se puede establecer que los señores Fabiola Bernal de Álvarez, Enesbey Quintero Celis y María Elizabeth Vergara Achury, gozan de pensión vitalicia de jubilación, reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con las Resoluciones Nos. 2552 del 28 de junio de 2006, 07174 del 16 de diciembre de 2002 y 03116 del 23 de septiembre de 2009, respectivamente.

Ahora bien, debido a que se les viene descontando mes a mes de sus mesadas el 12% para salud, el 14 de junio de 2017, mediante derecho de petición solicitaron la devolución y suspensión de dichos descuentos para las mesadas adicionales.

Sin embargo, en este punto se debe recordar que la Ley 812 de 2003, modificó la tasa de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del 5% al 12%, indicando: *“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”*

Así, si bien la Ley 812 de 2003 modificó aspectos de cotización de la Ley 91 de 1989, ordenando la aplicación del régimen general de forma excepcional, al régimen de los docentes de la cual es beneficiario los demandantes, esto no permite afirmar que lo estipulado en el Decreto 1073 de 2002, sea aplicado en beneficio del personal docente, puesto que el citado decreto fue expedido cuando aún la Ley 812 de 2003, no se había promulgado.

De lo anterior, se concluye que los demandantes son afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y beneficiarios de la mesada adicional de junio y diciembre, en virtud de lo dispuesto en los artículos 142 de la Ley 100 de 1993 y 5 de la Ley 4 de 1976, por lo cual debe efectuarse el descuento legal destinado a la salud en la tasa y distribución que establezca el Sistema General de Seguridad Social.

Conforme a lo anterior, no debe ser procedente el reintegro de los dineros descontados por concepto de salud, a los señores Fabiola Bernal de Álvarez, Enesbey Quintero Celis y María Elizabeth Vergara Achury, ya que los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se rigen por la Ley 91 de 1989, la cual permite que el descuento para salud sea efectuado a cada una de las mesadas que recibe el pensionado. En igual forma, no es procedente suspender los descuentos, máxime cuando estos se encuentran conforme con las normas que regulan este tema. Es así como, al no haber razones para ordenar que se excluyan de las mesadas adicionales el aporte en salud, como es el querer de los demandantes, este despacho deberá negar las pretensiones de la demanda.

#### **CAPÍTULO IV EXCEPCIONES PREVIAS**

Como consecuencia de los presupuestos expuestos en el capítulo que precede, me permito proponer las siguientes excepciones:

##### **1. Falta de legitimación en la causa por pasiva**

Excepción que tiene como fundamento los siguientes argumentos:

Si bien es cierto la excepción de la legitimación en la causa por pasiva, en este tipo de procesos no constituye excepción de fondo solicito se tenga en cuenta que la Secretaria de Educación Distrital no es quien autoriza ni determina a quien ni cómo debe reconocerse las prestaciones sino FIDUPREVISORA S.A como administradora del FOMAG, ya que esta, solo elabora el acto administrativo, pero la liquidación de la prestación y la autorización de la firma del mencionado acto está en cabeza de la administradora del FOMAG.

Ahora bien, legitimación de hecho en la causa se entiende como la relación procesal, la cual establece que se entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de está al demandado. Quien cita a otro y endilga a otro la conducta causante de la demanda, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se atribuya acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

La legitimación material en la causa alude, por regla general, a la participación real de las personas en el hecho origen de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas.

La legitimación material en la causa activa y pasiva es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado. La falta de legitimación material en la

causa por activa o por pasiva, no enerva la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo. Sin más, si la legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo, porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable, al ser una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.

La secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha transferido la administración del Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio, no puede entrar a variar los factores y mucho menos conciliar los efectos patrimoniales de los actos administrativos, y aquellos dineros no le pertenecen.

A continuación, se citan las normas pertinentes que refuerzan el planteamiento anterior:

- Ley 33 de 1985. Art.1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.
- Ley 91 de 1989. Art. 2 numeral 5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley son de cargo de la Nación y serán pagados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Decreto 2831 de 2005. La Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional del fondo nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho fondo.

Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los Cursos del Fondo y conforme con los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicios y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior.

Prevía aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo, suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo, de acuerdo con las leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adiciones o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

Remitirá la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de

prestaciones sociales a cargo de éste, junto con lo constancia de ejecutoria para efecto de pago y dentro del os 3 días siguientes a que se encuentre en firme.

A su vez, el H. Consejo de Estado<sup>4</sup>, en providencia de fecha 16 de agosto de 2018, que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial en los términos que se citan a continuación.

*"Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, ésta una competencia otorgada al FOMAG como una cuenta especial de la nación, por ser en cabeza de quién se encuentra el patrimonio autónomo creado por la Ley respecto de los factores prestacionales de sus afiliados y finalmente, de la cual se destinan los recursos para la cancelación de las sumas reconocidas por los actos administrativos expedidos por las secretarías de educación territoriales, de manera que en los procesos en los que se discuta la liquidación de la prestación social - cesantías, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación en casos similares cuya discusión se concretó en el régimen de liquidación de dicha prerrogativa laboral, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales".*

Por lo anteriormente señalado se encuentra llamada a prosperar la excepción propuesta.

## CAPÍTULO V EXCEPCIONES DE FONDO

### 1. Legalidad de los actos acusados

Conforme ha sido reiterado en numerosas oportunidades por las Altas Cortes se entiende que la presunción de legalidad del acto administrativo hace referencia a "la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de "legalidad", de "validez", de "juridicidad" o pretensión de legitimidad"

En el mismo sentido, se ha manifestado que la presunción de legalidad del acto administrativo es "la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía en el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción"

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias, entre ellas, la ejecutoriedad de este.

Al respecto, vale la pena finalizar reiterando lo expresado en el acápite de razones y fundamentos de derechos, en el sentido de que las normas aplicables al caso concreto de los demandantes son aquellas que en efecto ha contemplado la entidad demandada.

### 2. Prescripción

La cual aplicaría conforme a las disposiciones legales y sobre aquellas solicitudes que han sobrepasado el término máximo legal para su reclamación.

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B, Sentencia 16 de agosto de 2018- radicado 2016 1237-01, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.

### 3. Genérica o innominada

Como todo proceso contencioso de carácter declarativo, pido respetuosamente al señor Juez que en caso de encontrarse acreditada alguna circunstancia liberaría del demandado proceda con su declaración.

### **CAPÍTULO VI PRUEBAS**

Solicito se tengan como pruebas a favor de la parte que represento las siguientes:

1. Expediente Administrativo.

### **CAPÍTULO VII ANEXOS**

Anexo al presente escrito los siguientes documentos:

1. Poder de sustitución.
2. Pruebas señaladas en el capítulo VI del presente escrito.

### **CAPÍTULO VIII NOTIFICACIONES**

Para los fines del proceso suministro los siguientes datos:

A la entidad que represento **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C.**, en la Avenida el Dorado No. 66 – 63 de Bogotá D.C., y al buzón electrónico de notificaciones judiciales: [notificajuridicased@educacionbogota.edu.co](mailto:notificajuridicased@educacionbogota.edu.co).

Al suscrito apoderado en la Calle 73 No. 10 - 10 Oficina 304 de Bogotá D.C., Celular 3112720996 y a los correos electrónicos: [notificacionesjcr@gmail.com](mailto:notificacionesjcr@gmail.com) y [carolinarodriguezp7@gmail.com](mailto:carolinarodriguezp7@gmail.com)

Cordialmente,



**VIVIANA CAROLINA RODRÍGUEZ PRIETO**

C.C. No. 1.032.471.577 de Bogotá D.C.

T.P. 342.450 del C. S., de la J.

Correo: [carolinarodriguezp7@gmail.com](mailto:carolinarodriguezp7@gmail.com) o [notificacionesjcr@gmail.com](mailto:notificacionesjcr@gmail.com)

Telefono: 311-272-09-96