



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA –
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 6 de junio de 2022

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00368 -00

Demandante: Amalia Lozano de Romero

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

Tema: Descuentos en Salud mesada adicional

Sentencia No.26

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en artículo 182 A , adicionado por la Ley 2080 de 2021, artículo 42, teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

- 1.- Solicita se declare la nulidad del acto constituido el 25 de diciembre de 2019 con ocasión a la petición presentada el día 25 de septiembre de 2019 ante el Ministerio de Educación de educación.
- 2.- A título de restablecimiento del derecho se ordene el reintegro de todos los descuentos realizados con destino a la salud, **sobre las mesadas adicionales de cada año**, así como suspender el mencionado descuento, desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia.
- 3.- La anterior suma se entregará indexada conforme con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., el cumplimiento al fallo en los términos previstos en los artículos 192 y ss de la Ley 1437 de 2011.
- 4.- Se condene en costas a la parte demandada.

Concepto De Violación: Citó como normas violadas los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58 de la Constitución Política, la ley 4 de 1966 y su decreto reglamentario 1743 de 1966, ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, ley 91 de 1989, decreto 1073 de 2003, ley 1250 de 2008 y 812 de 2003 art. 81.

Señala que el incremento de los aportes en salud conforme el artículo 81 de la ley 812 de 2003 los obliga a asumir la totalidad de los aportes de la cotización del 12%, toda vez que la norma remite a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. De esta forma el incremento de la cotización y su remisión a la Ley 100, no es otra que la derogatoria del numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, razón por la que resulta aplicable lo señalado en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 al establecer que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales. De igual manera aporta extractos de jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado, los cuales no avalan los descuentos por concepto de salud de las mesadas adicionales por cuanto al realizar el descuento en la mesada adicional se descontaría el 24%.

Contestación de la demanda. El apoderado del **Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG**, se opuso a las pretensiones y como argumentos de defensa la entidad señala que a la demandante no le asiste el derecho que reclama, teniendo en cuenta que los actos administrativos acusados gozan de legalidad en la medida que no se 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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00368 -00

Demandante: Amalia Lozano de Romero

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

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.

Alegatos de Conclusión

El demandante La Ley 812 de 2003 derogó tácitamente el descuento en las mesadas adicionales, al remitirla cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, éstas y sus reglamentos no contemplan dichos descuentos para salud en las mesadas adicionales. Un doble descuento no autorizado e ilegal en las mesadas adicionales constituye un abuso y bajo ningún pretexto desde el punto de vista fáctico o de hecho puede haber descuentos de 14 meses por año cuando son 12 meses de servicio y no siempre con adecuada cobertura y calidad, por cuanto los pensionados tienen que sufragar servicios privados o planes complementarios de salud.

Ahora bien, las disposiciones establecidas en la Ley 100 de 1993, en lo que respecta a los descuentos en salud se extendieron a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin embargo no contempla allí los descuentos sobre las mesadas adicionales, entonces al entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, debe entenderse como derogado tácitamente el numeral 5 del Artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo cual es de tenerse en consideración que la Ley 100 no estableció descuento alguno respecto a las mesadas adicionales, y así lo ha mencionado el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, entre otras, en sentencia proferida por la Sección Segunda –Subsección “B”, de septiembre 10 de 2010, dentro del expediente 2007-473, M.P. Dr. Cesar Palomino Cortés, y así mismo el órgano de cierre Contencioso Administrativo mediante concepto 1064 de diciembre 16 de 1997 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, tras considerar que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al Sistema General de Seguridad Social en salud, por cuanto, primeramente existe norma expresa que así lo dispone en lo que concierne a la del mes de diciembre y respecto a la del mes de junio la norma señala taxativamente que esta es equivalente a una mensualidad adicional a su pensión; esto sin hablar de deducción como aporte para salud.

La demandada señala en sus escritos que si bien es cierto, se presentaba una disparidad de criterios en los Despachos Judiciales sobre la procedencia de los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, el Consejo de Estado, Sección Segunda, se pronunció al respecto sobre el asunto unificando jurisprudencia en el sentido de: “Unificar jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar que 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.”

Así las cosas, se tiene que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al FOMAG y que hace parte de un ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Vencido el término concedido el Ministerio Público, guardo silencio

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00368 -00

Demandante: Amalia Lozano de Romero

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

Problema jurídico El problema jurídico consiste en establecer si es procedente declarar la nulidad del acto demandado por la derogatoria del inciso 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989 por parte del inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 el cual remite a la ley 100 de 1993 el tema de los descuentos en salud y la aplicabilidad del parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002 en donde se prohíbe descuento alguno sobre **las mesadas pensionales adicionales del régimen de prima media** o si por el contrario, como lo señala la entidad demandada, es procedente realizar los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales conforme con el inciso 5º del artículo 8 de la ley 91 de 1989 porque el inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 solo reguló el valor total de la tasa de cotización por parte de los docentes afiliados al Fondo Nacional a la suma de aportes que para salud e establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, sin modificar la obligación de los afiliados a aportar sobre las mesadas adicionales.

Solución al problema jurídico: es procedente no declarar la nulidad del acto demandado dado que en términos de la regla de unificación del 3 de junio de 2021 SUJ024CES22021 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.

Hechos probados

.-Resolución de reconocimiento pensional No.02567 de 19 de agosto de 1999 como docente nacional que cumplió su estatus de jubilado a partir del 29 de mayo de 1998, calculado sobre el equivalente al 75% del salario mensual devengado durante el último año de servicios (expediente digital archivo No. 03 , fl.25 al 28)

.-Petición de devolución de descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, radicada el 18 de septiembre de 2019 ante el Ministerio de Educación Nacional (expediente digital archivo No. 03, fls. 31 y 32.).

.-Extracto de pagos en donde se evidencia los descuentos del 12% por salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (expediente digital archivo No. 03, fls.41 a 50).

Los descuentos a salud de las mesadas pensionales de los docentes pensionados ¹

El antecedente normativo de las cotizaciones al sistema de salud se puede ubicar en la Ley 4 del 23 de abril de 1966², 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 2³ del Decreto 1743 del 9 de julio del mismo año⁴. Dicho porcentaje se mantuvo en el artículo 37 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968⁵, que adicionalmente señaló que la

¹ SUJ024CES22021

² «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.»

³ «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.»

⁴ «Por el cual se reglamenta la Ley 4.ª de 1966.»

⁵ «Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.»

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00368 -00

Demandante: Amalia Lozano de Romero

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

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»⁶. Este aporte obligatorio se reiteró en el artículo 90, numeral 3⁷, del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 y la prestación de los servicios asistenciales, en el artículo 7⁸ 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».

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 [...]»⁹. De esta manera queda expuesta la finalidad de los aludidos descuentos de las mesadas adicionales.

Los aportes a salud a partir de la Ley 812 de 2003

38. Más adelante, con el propósito de contribuir a la solidaridad y a la sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social en salud, el proyecto de ley 169 en Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006»¹⁰, propuso la eliminación de los regímenes especiales, pues la existencia de estas condiciones particulares fue catalogada como uno de los factores que llevaron a los desequilibrios fiscales acumulados en la década del noventa¹¹.

39. Esta medida se implementó como consecuencia de la política social asumida por el Gobierno y con el fin de generar mayor equidad en varios frentes, para lo cual se destacó que «se pretende, en particular, cerrar la brecha no solo entre ricos y pobres, sino también entre la ciudad y el campo, entre hombres y mujeres, entre regiones, generaciones y grupos étnicos»¹².

40. Fue así como a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 del 26 de junio de 2003¹³, se introdujo un cambio sustancial en el régimen prestacional de los docentes afiliados al FOMAG¹⁴. En efecto, el artículo 81 previó que quienes se vincularan a partir de ese momento, estarían cobijados por el régimen de prima media de que tratan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos

⁶ 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.»

⁷ «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.»

⁸ «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.»

⁹ Gaceta del Congreso, año XXXII N.º 103 de 17 de octubre de 1989. Ponencia para 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.

¹⁰ Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.º 54, 10 de febrero de 2003, Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 169, Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 107.

¹¹ *Ibidem* página 70.

¹² Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.º 165, 14 de abril de 2003, Ponencia aprobada en primer debate por las Comisiones Terceras y Cuartas del Senado de la República y Cámara de Representantes al Proyecto de Ley 169, Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 38.

¹³ «Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario»

¹⁴ Sobre la materia se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019, radicación 680012333000201500569-01(0935-2017), Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, demandante: Abadía Reinel Toloza.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2020-00368 -00
Demandante: Amalia Lozano de Romero
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

previstos por aquel, con excepción de lo relacionado con la edad de pensión que será de 57 años, tanto para hombres como para mujeres. Así lo reguló la norma:

«ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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.

[...]

41. Es importante señalar que el servicio de salud de este personal es prestado de conformidad con la Ley 91 de 1989, en las condiciones anteriormente señaladas. Ahora, en cuanto a la tasa de cotización, la Ley 812 de 2003 también se remitió a lo regulado para el sistema general de seguridad social y mantuvo la distribución de los porcentajes de trabajadores y empleadores. Fue así como el Decreto 2341 del 19 de agosto de 2003¹⁵ reglamentó la anterior disposición y reiteró que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG corresponde a la «suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003».

42. Lo anterior, implicó el aumento en el porcentaje que le corresponde asumir al empleador, situación que se reguló imponiendo su financiación a cargo de los recursos del Sistema General de Participaciones «y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda». Tal disposición fue reiterada por el Acto Legislativo 01 de 2005, en el párrafo transitorio 1.º del artículo 1, que adicionó el artículo 48 de la Carta Política.

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 2007¹⁶, y más adelante, el artículo 1 de la Ley 1250 del 27 de noviembre de 2008¹⁷ lo fijó en 12% para los pensionados. Recientemente, la Ley 2010 de 2019, en el artículo 142, adicionó

¹⁵ «Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y se dictan otras disposiciones»

¹⁶ «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.»

¹⁷ «Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un párrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6o de la Ley 797 de 2003.»

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00368 -00

Demandante: Amalia Lozano de Romero

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

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 inexecutable del inciso 4¹⁸ 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.

45.-Lo anterior se acompasa con el artículo 157¹⁹ de la Ley 100 de 1993, que en el numeral 1 indicó que son afiliados al régimen contributivo los pensionados y jubilados, pues se encuentran dentro del grupo de la población que tienen capacidad de pago.

46.-Por otra parte, no se desconoce que la Ley 100 de 1993, en el artículo 143, introdujo un reajuste mensual equivalente a la elevación de la cotización en salud, para quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de enero de 1994, sin que se encuentre uno semejante en la Ley 812 de 2003 para los docentes pensionados. Frente a este punto, la sentencia C-369 de 2004, en cita, indicó que el hecho de haber ordenado el incremento de la cotización, sin prever un mecanismo de reajuste similar al contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para el régimen general, no vulnera el derecho a la igualdad de los afiliados al FOMAG.

47.-Para llegar a tal conclusión, se remitió al criterio hermenéutico fijado en la sentencia C-126 de 2000, que declaró executable el mencionado artículo. En aquella oportunidad, la Corte estimó que en desarrollo del principio de solidaridad y con el propósito de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, el Legislador puede ordenar que la cotización sea asumida en su totalidad por el pensionado, teniendo en cuenta que se reduce el número de trabajadores activos y que al alcanzar el estatus cesa la obligación de cotizar a pensión, lo cual compensa de cierta manera el aumento de la cotización en salud.

48.-Adicionalmente, sostuvo que el Legislador no tenía el deber de prever el mismo mecanismo compensatorio, argumento que sustentó en la tesis reiterada según la cual la existencia de regímenes especiales, como los previstos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, pues el trato diferenciado no es discriminatorio, sino que favorece a quienes cobija. Así mismo, la sentencia identificó los aspectos que llevan a considerar que un régimen especial contiene una discriminación para sus destinatarios en relación con determinada prestación, estas son, «(i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser

¹⁸ 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».

¹⁹ «[...] Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley [...]» Aparte subrayado declarado executable por la sentencia C-711 de 1998.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00368 -00

Demandante: Amalia Lozano de Romero

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente»²⁰.

49.- A partir de la anterior precisión, expuso que la cotización en salud no puede ser considerada autónoma e independiente, sino que está ligada al conjunto de servicios que se prestan al magisterio, regulado por la Ley 91 de 1989, cuyas particularidades representan algunos beneficios superiores para sus destinatarios. En consecuencia, como aquel es un régimen especial, diferente al general, la ley no tenía que prever un ajuste idéntico al señalado por la Ley 100 de 1993.

50.-Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.

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.

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.

Conforme a lo anterior, al encontrarse ajustadas a la ley las deducciones de los aportes efectuados para salud, es lógico derivar que no debe ordenarse la devolución de las sumas descontadas por dicho concepto.

Caso concreto

Se encontró probado que mediante Resolución No. 02567 de 19 de agosto de 1999 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a la demandante pensión de jubilación a partir del 29 de mayo de 1998 (expediente digital archivo No. 3, fl.27 al 29).

La demandante elevó petición ante el Ministerio de Educación el 18 de septiembre de 2019 solicitando el reintegro de los descuentos de la mesada adicional de junio y diciembre y, su no cobro por improcedencia legal folio 31 del expediente digital archivo No.3.

A folios 41 a l 50 del expediente digital archivo No.3, encontramos un extracto de pagos de la demandante en donde se observa que se realizan el descuento sobre la mesada adicional de junio y diciembre para los aportes en salud.

²⁰ La Corte citó: «Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en la^s sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.»

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00368 -00

Demandante: Amalia Lozano de Romero

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

En el presente asunto este despacho modifica su criterio y acoge la sentencia de unificación proferida el 3 de junio de 2021 - SUJ024CES22021 posición unificada arriba reseñada en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 para considerar que los docentes pensionados tienen la obligación de contribuir con los aportes legales correspondientes, no solo sobre las mesadas ordinarias, sino también de las adicionales, como se indicó en el precedente jurisprudencial aplicable.

Lo anterior, por cuanto el artículo 8° numeral 5 de la Ley 91 de 1989, establece que los descuentos realizados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales adicionales resultan obligatorias por ser valores que constituyen los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no solo son para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, sino también para la prestación de los servicios médico asistenciales para sus afiliados, por lo que resulta legal, justo y equitativo que quienes se sirven de estos beneficios contribuyan con la financiación de los recursos necesarios para dicha cobertura, de acuerdo con el importe que la norma ha fijado para el efecto por virtud del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el valor del aporte fue equiparado al previsto para el régimen general en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, esto es, en el 12%.

Ley 812 de 2003 solo modificó lo atinente a la tasa de cotización, más no la obligatoriedad del aporte de los pensionados sobre las mesadas ordinarias y adicionales, en tanto las mismas continúan siendo reguladas por lo contemplado en el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado²² ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá

²¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2020-00368 -00
Demandante: Amalia Lozano de Romero
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG

lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.²³

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandate, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho además de no evidenciar carencia en el fundamento legal al momento de proferir el acto.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. – NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO. - En firme esta sentencia, por la Secretaría **COMUNICAR** su contenido a la entidad condenada para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011) así mismo, se autoriza desde ahora la expedición de copia del fallo en los términos del numeral artículo 114 del C.G.P. si alguna de las partes lo solicita y se ordena el **ARCHIVO** de las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

DRBM

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Adm sección 2
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: 62f7716e7dd6b8edc9d033e04ef3e8420e9adcb70452c533d60271fabd4d48e5
Documento generado en 06/06/2022 09:55:42 AM

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

²³ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley" Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.