**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

*Sección Segunda*

*Carrera 57 Nº 43-91, Edificio Aydé Anzola Linares, piso 4º*

Correo electrónico: *admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co*

Teléfono: 5553939, ext. 1016

Bogotá D.C., diecinueve (19) de diciembre de 2019

| Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho | |
|---|---|
| Asunto: | Sentencia de primera instancia |
| Radicación: | Nº 11001-33-35-016-2018-0122-00 |
| Demandante: | HERNANDO HERNANDEZ GAMARRA |
| Demandado: | NACIÓN – MINISTERIO DE EDUACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO |

***Tema:*** *descuentos en salud en las mesadas adicionales*

## 1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

## 2. ANTECEDENTES

**2.1. Pretensiones[1]:** El señor Hernando Hernández Gamarra solicita se declare la nulidad del Oficio 101040202 de 14 de noviembre de 2017[2], bajo el radicado No. 20170161423251, por medio del cual se le negó a él el reintegro de los descuentos del 12% o cualquier otro valor realizados en salud sobre la mesada adicional de junio y diciembre descontados de la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución

1 Fls. 17-24
2 Folio 6

No. 04059 de 04 de octubre de 2004[3], oficio proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A (fiduprevisora), obrando en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de la anterior declaración solicita se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora S.A SE REINTEGREN todos los descuentos del 12% o cualquier otro valor, descuentos realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre descontados de la pensión del accionante.

Solicitó se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora S.A que a partir de la ejecutoria de la sentencia, no debe continuar efectuándose el descuento del 12% o cualquier otro valor en salud sobre las mesadas del demandante; igualmente condenar a las mismas, para que sobre las diferencias adeudadas al accionante se le pague las sumas necesarias al fallo dentro del término previsto en los artículos 187, 188, 189, 192 de la Ley 1437 de 2011 y atendiendo la sentencia C-188 de 25 de marzo de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

**2.2. Hechos**[4]: Tal como quedaron expuestos al momento de la fijación del litigio los hechos son los siguientes:

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Oficina Regional de Prestaciones Sociales de Bogotá, a través de la Resolución No. 04059 de 04 de octubre de 2004, le reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación al accionante, efectiva a partir del 9 de marzo de 2004.

El demandante presentó petición con radicado No. E-20170322864162 el 30 de octubre de 2017, ante la Fiduciaria la Previsora a través de la cual solicitó el reintegro de los descuentos realizados para salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y de diciembre, (fl. 5).

La Fiduciaria la Previsora a través de Oficio No. 20170161423251 de 14 de noviembre de 20175 - **acto acusado** - , le indicó a la accionante que no era posible acceder favorablemente a la petición de las devoluciones de las sumas

3 Folio 2
4 Fls. 51-54
5 Idem 2

de dinero descontadas por aportes a salud en las mesadas adicionales de la pensión recibida.

El Demandante el 17 de octubre de 2017[6], radicó petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitando igualmente la devolución de los descuentos en salud como la suspensión de los mismos, petición que fue remitida por competencia por parte de dicha entidad a la Fiduprevisora a través de Oficio No. 2017-EE-198398, (fl. 8), además se anexo oficio remisorio, (fl. 9).

De los extractos de pagos de la pensión efectuados por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A. se desprende que la entidad ha realizado los descuentos correspondientes a salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, al accionante en los años 2005, 2006, 20072012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017.

**2.2 Normas violadas y concepto de violación:** Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49 en especial, 53 inciso 3 y 58, articulo 10 del Código Civil, Ley 4 de 1966 y su Decreto reglamentario 1743/66, Ley Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969, Ley 91 de 1989, articulo 81 de la Ley 812 de 2003, con violación directa al concepto de la sala de Consulta y servicio Civil Radicado No. 1064de fecha 16 de diciembre de 1997 M.P Dr. Augusto Trejos Jaramillo, ley 1285 de 2009 y Ley 1437 de 2011.

Señaló como **concepto de violación** que la Fiduciaria la Previsora S.A, en calidad de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio abusó de su competencia discrecional, al efectuar descuentos del 12% desde que se le reconoció la pensión al accionante en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. Expresó que el Oficio No. 101040202 de 14 de noviembre de 2017 con radicado 201701614223251 transgrede normas de orden superior, mencionadas, al desestimar de plano y su fundamento constitucional, el deber de reintegrar los descuentos del 12% efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

**2.4. Actuación procesal:** Tal como se expresó en la etapa de saneamiento del proceso, la demanda se presentó el 3 de abril de 2018[7], posteriormente por medio de auto de fecha 25 de abril de 2018[8] el Despacho admitió la demanda de la referencia

6 Folio 7
7 Fl. 26
8 Fl. 28

por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 7 de noviembre del mismo año, fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[9].

La parte demandada pese a haber sido notificada de la demanda no contestó la misma, tal como se desprende del informe secretarial que milita a folio 42 del expediente.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 18 de octubre de 2019[10], el Juzgado fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial; en la prementada diligencia se surtió cada una de las etapas contempladas en el artículo 180 de la Ley 1437 de hasta la etapa de alegatos de conclusión, indicándose que el fallo se consagraría por escrito.

**2.5. Alegatos de conclusión**

**2.5.1 La parte demandante:** Presentó sus alegatos en audiencia de pruebas llevada a cabo el día 6 de noviembre de 2019[11], los cuales quedaron consignados en el CD que funge dentro del expediente.

En la citada audiencia indicó que se ratificaba en todos los hechos y pretensiones de la demanda y solicitó se accedieran a las pretensiones incoadas en el libelo demandatorio, toda vez, que el Decreto 1073 de 2002 prohibió los descuentos en salud en la mesada pensional de diciembre y además en sentencia de 3 de febrero de 2005 expediente 3166 de 2002 del Conejo de Estado dejó en firme la prohibición de los descuentos en la precitada mesada adicional, señaló que también era cierto que los descuentos en salud para los pensionados no puede sobrepasar el 12% mensual por lo tanto no se puede cotizar dos veces en una mesa adicional (junio), debido a que estaría por encima del monto de cotización del 12% y se convertiría en una cotización del 24% la cual no es permitida por la ley; finalmente señala que las entidades demandadas han aplicado la normatividad aplicable de manera sesgada vulnerando el principio de inescindibilidad de la ley al desmembrar las normar y vulnerar el derechos de los docentes.

9 Fl. 33
10 Fl. 43
11 Fls. 51-54

**2.6.2 La parte demandada:** Presentó sus alegatos en audiencia de pruebas llevada a cabo el día 6 de noviembre de 2019[12], los cuales quedaron consignados en el CD que figura dentro del expediente.

Expresó que a través de la Ley 91 de 1989 fue creado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y referente a los apartes del numeral 5 del artículo 8 dispone que los docentes deben aportar y el fondo a su vez descontar el 5% de cada mesada pensional que pague el fondo incluidas las mesadas adicionales como aportes de los pensionados , dentro de las mesadas a las que se refiere la norma aludida se encuentra las mesadas ordinarias y las de junio y diciembre, las que son denominadas adicionales y por ende todas constituyen aportes de un pensionado a favor del Fondo y hace parte integral de los recursos los cuales ayudan a financiar el sistema integral de salud del régimen a que pertenece el Fomag. Además señaló que estos aportes hacen posible la sostenibilidad del sistema y que la Ley indica que el valor de los aportes es del 12% sobre el valor de la mesada.

**2.6.3 Concepto del Ministerio Público:** La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

## 3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2° y 156 numeral 2° de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

**3.1. Problema Jurídico:** Advierte el Despacho que en la audiencia inicial se estableció que punto de disenso en primer orden se circunscribe en establecer si el acto administrativo contenido en el Oficio No. 20170161423251 de 14 de noviembre de 2017, se encuentra viciada por alguna causal de nulidad.

En segundo lugar si el señor **HERNANDO HERNANDEZ GAMARRA,** tiene tienen derecho a que la entidad demandada le reintegre los descuentos del 12% o cualquier otro valor, descuentos realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre descontados de la pensión del demandante, de igual forma, establecer si la entidad accionada se debe abstener de efectuar el descuento del 12% o cualquier otro valor en salud sobre la mesada pensional del actor.

12 Fls. 51-54

Finalmente, se debe determinar si sobre las diferencias adeudadas la demandada debe pagar las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo preceptuado por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) De las mesadas pensiónales adicionales, ii) Cotizaciones para salud y, iii) Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales, iv) Del cambio de criterio en relación con los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales, iii) Caso concreto.

## 3.2. De las mesadas pensiónales adicionales

Del recuento de las normas que reglamentan el tema observamos que la Ley 4ª de 1976[13] estableció[14], en forma general para todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial y privado, una mesada adicional pagadera cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, prerrogativa que hoy se halla en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993.

Entre tanto el literal b[15], numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989[16] establecía desde entonces, para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una mesada adicional a medio año. Posteriormente, el Sistema de Seguridad Social Integral -Ley 100 de 1993[17]- en los artículos 50[18] y 142[19], indicó que los pensionados tendrían mesadas pensiónales adicionales de junio y diciembre.

---

13 Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.
14 Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto.
15 "B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 10. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."
16 Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
17 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.
18 ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.
19 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.
La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró exequible el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48, y 53 de la Carta Política y se asegure a los maestros vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, también se pronunció en relación con la prima

### 3.3. Cotizaciones para salud

A partir de la Ley 4ª de 1966[20] los pensionados afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, cotizaban mensualmente el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional con destino dicha caja[21], a fin de que ellos y sus familiares pudieran disfrutar de todos los servicios médicos[22].

Por su parte el Decreto 3135 de 1968[23], en relación con la asistencia médica, para pensionados, estipuló una cotización mensual de un cinco por ciento (5%) de la pensión[24]. El mismo porcentaje de cotización para acceder al derecho a la atención se determinó[25] en el Decreto 1848 de 1969[26] y luego en el numeral 5º, artículo 8[27] de la Ley 91 de 1989, incluidas las mesadas adicionales.

El artículo 81[28] de la Ley 812 de 2003 dispuso que 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 que establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 200329, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

---

de mitad de año que le conceden a los pensionados del Magisterio, prevista en el literal b, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y concluyó que es la misma mesada adicional prevista ahora en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

20 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.

21 Parágrafo único del artículo 2 de la Ley 4º de 1966.

22 Artículo 7º, *ibíd.*- Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas, tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento 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. (El presente artículo sobre cobertura familiar, fue subrogado por el artículo 163 Ley 100 de 1993 en cuanto al régimen que contempla. Radicación 659 de 1994. Sala de Consulta y Servicio Civil).

23 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.

24 Artículo 37º.- Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.
Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión.

25 Artículo 90º.- Prestación asistencial:
1. Los pensionados por invalidez, jubilación o retiro por vejez, tienen derecho a asistencia médica, farmacéutica, de laboratorio, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar, sin restricción ni limitación alguna.
... 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.

26 Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

27 "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".

28 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.

29 La Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004, sobre la cotización para salud de los pensionados afiliados a Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sostuvo que en las disposiciones anteriores los pensionados

A su vez, el artículo 204[30] de la Ley 100 de 1993 sobre la cotización para salud en general, establece que el monto y la distribución de las cotizaciones al régimen contributivo de salud a partir del primero (1°) de enero del año 2007, es del 12,5% del ingreso o salario base de cotización. Ahora, los pensionados deben cotizar para salud el 12% de la respectiva mesada y corre por su cuenta la totalidad del mencionado aporte.

### 3.4. Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales

En primer lugar, el artículo 5[31] de la Ley 43 de 1984[32] prohibió los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

Posteriormente, frente a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Ley 91 de 1989, que lo creó, en su artículo 8° estableció como fuente de sus ingresos el 5% de cada mesada pensional devengada por el beneficiario, incluyendo las adicionales.

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002[33], en el artículo 1°[34] reguló los descuentos en las mesadas pensionales respecto de las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos

---

cancelaban una cotización menor y actualmente "(...) conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada..."

30 ARTÍCULO. 204.-Monto y distribución de las cotizaciones (Modificado por el art. 10, Ley 1122 de 2007). La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).
(Inciso adicionado por el art. 1, Ley 1250 de 2008). La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008. (El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009) (Negrillas fuera de texto original)

31 ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.
Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley

32 Por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público y se dictan otras disposiciones.

33 Por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988.

34 "ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.
Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de

de empleados o de cooperativas; y sobre estas deudas sí consagra la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas adicionales.

Es decir que la citada norma y la prohibición en ella contenida, se refiere únicamente a los descuentos que ella misma permite, esto es, se reitera, deudas a favor de organizaciones gremiales a fondos de empleados y cooperativas.

Tal argumento fue expuesto por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia del 24 de enero de 2019[35], al interpretar el artículo 1° del Decreto 1073 de 2002 concluyó que el mismo no se "refiere a las cotizaciones obligatorias en salud; sino lo que se pretende con la norma es proteger al empleado para que en un solo mes no se le hagan dos descuentos destinados a pagar los créditos que están permitidos a los pensionados. Si bien es cierto, hay que aceptar que la disposición no está escrita de manera clara, examinada en contexto permite la hermenéutica que se realiza. Igualmente, por lo que tal decreto señala reglamentar el contenido de las Leyes 71 y 79 de 1988, que fueron dictadas antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y que no se relacionan con los aportes obligatorios en salud."

Como se dijo en el capítulo anterior, el artículo 81[36] de la Ley 812 de 2003 dispuso que 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 que establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. La reforma introducida por la citada ley no puede considerarse que sustituyó el régimen pensional de los docentes, toda vez que el objetivo del inciso 4° del artículo 81 de dicha norma, fue fijar el porcentaje de cotización para pensión que debían aportar los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero desde ninguna óptica pretendió la vinculación de dichos docentes al Sistema General de Pensiones, pues tal remisión fue únicamente para establecer la tasa o porcentaje de cotización de los servicios de salud por parte de los pensionados, que en el régimen de los docentes era del 5%, porcentaje sustancialmente inferior al 12% que correspondía financiar a los afiliados del régimen general, cuya diferencia representaba un riesgo para el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad

---

Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.
PARÁGRAFO. <Parágrafo parcialmente NULO> 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."
35 Magistrada Ponente. Carmen Alicia Rengifo - Expediente No. 2016-00156.
36 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.

Social en Salud37; bajo este panorama, la remisión aludida no puede considerarse extensiva a aspectos como las mesadas pensionales posibles de los descuentos o el destino de estos últimos[38].

Así las cosas, dichas deducciones al igual que aquellas realizadas en las mesadas ordinarias, están destinadas a la sostenibilidad de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y este criterio respeta los cometidos estatales respecto a la seguridad social que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal.

En este orden de ideas, queda claro que el porcentaje de cotización a financiar por parte de los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponde al doce por ciento (12%) del valor de la respectiva mesada pensional, ordinaria o adicional, en armonía con las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 797 y 812 de 2003.

## 3.5. Del cambio de criterio en relación con los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales

De acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Además, en este el artículo se establecen como criterios auxiliares de la actividad judicial la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

En relación con la jurisprudencia como precedente judicial la Corte Constitucional la define como "la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo".

Asimismo, la doctrina precisa que es un mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares.

---

37 Corte Constitucional – Sala Plena; Magistrado ponente, Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-369 de 27 de abril de 2004; Referencia: expediente D-4859.
38 Sentencia del 19 de octubre de 2017 proferida por la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. M.P. Jaime Alberto Galeano Garzón. Expediente: 11001-33-35-019-2016-00314-01.

Por su parte, el artículo 7º de la Ley 1564 de 2012, establece que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Pero cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos."

Ahora, en el presente caso las distintas Subsecciones que conforman la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostienen criterios interpretativos radicalmente ambivalentes respecto a la interpretación de la norma que autoriza los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales adicionales.

En consideración a lo señalado, este Despacho si bien accedía a la pretensiones del caso que nos ocupa, lo cierto es que en virtud de la autonomía judicial que le asiste al operador judicial en adelante acogerá el precedente aplicable por las Subsección A, E y F, con el propósito de armonizar el derecho fundamental a la igualdad, por cuanto por aplicación de los principios constitucionales de solidaridad, orden justo y de sostenibilidad financiera y fiscal del Sistema de Seguridad Social en Salud es el criterio que mejor se ajusta.

La Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en casos como el presente inicialmente accedía a las pretensiones de la demanda, pero en providencias recientes cambió su posición, en el siguiente sentido "...Sin embargo, esta Corporación, en Sala de decisión mayoritaria acoge la posición conforme a la cual los descuentos realizados por La Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas adicionales de los pensionados docentes se encuentran ajustados a derecho, bajo la premisa de que dichas deducciones, al igual que aquellas realizadas en las mesadas ordinarias, están destinadas a la sostenibilidad de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se efectúan en virtud de un mandato legal y en observancia al principio de solidaridad que también rige este sistema[39]...".

Por su parte la Subsección A del mismo Órgano, al decidir un recurso de apelación contra una sentencia de primera instancia que negó el reintegro de los descuentos de las mesadas adicionales de los docentes, confirmó dicha providencia bajo el argumento que el artículo 1º del Decreto 1073 de 2002 se "...refiere a los descuentos que ella misma permite; esto

39 Providencia del 19 de octubre de 2017. Magistrado Ponente. Jaime Alberto Galeano. Expediente No.11001-33-35-019-2016-00314-01 (Oral)

es, los que tienen que ver con las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos de empleados o de cooperativas; y sobre estas deudas sí consagra la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas adicionales. (...) Pero interpreta la Sala no refiere a las cotizaciones obligatorias en salud; sino lo que se pretende con la norma es proteger al empleado para que en un solo mes no se le hagan dos descuentos destinados a pagar los créditos que están permitidos a los pensionados[40]...".

En el mismo sentido, la Subsección F del mismo tribunal sostuvo que "...La Sala estima, luego de revisar los argumentos de la apelación, las pruebas obrantes en el expediente y la sentencia de primera instancia, que debe confirmar dicha providencia que denegó la pretensión de reintegro de las cotizaciones por salud efectuadas en las mesadas adicionales, considerando que la demandante se vinculó como docente antes del 27 de junio de 2003, razón por la cual le es aplicable el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 que ordena de manera explícita el descuento sobre las mesadas pensionales, incluidas las adicionales[41]...".

Así mismo, el Tribunal Administrativo de Sucre[42], también se acogió a la tesis de negar esta clase de pretensiones indicando entre otros aspectos lo siguiente: "*resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad, se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado, el que a su vez hace parte del Sistema General de la Seguridad Social, so pena de afectar el componente macroeconómico de la economía nacional, concretamente, el soporte financiero del sistema y crear desigualdad, entre quienes hacen los aportes al mismo, que como se ha visto, son contribuciones tributarias para el sostenimiento de los fines del Estado*".

En razón de lo anterior, si bien este Despacho en anteriores casos similares al presente, venía acogiendo la tesis de que las deducciones por concepto de la prestación de servicios de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, tratándose de los docentes adscritos al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no eran procedentes, por cuanto no existía en el ordenamiento jurídico positivo disposición que permitiera efectuarlos, este Despacho en aplicación del precedente vertical, acoge la posición de las Subsecciones A, E y F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como también la tesis de otros tribunales como el antes mencionado, según el cual los descuentos realizados por La Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas

40 Providencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019). Magistrada Ponente: Carmen Alicia Rengifo DRA. Expediente:No. 2016-00156-01 (Oralidad)
41 Providencia del 9 de noviembre de 2018. Magistrada Ponente. Beatriz Helena Escobar Rojas. Radicado:11-001-33-35-009-2015-00348-01
42 Sincelejo, ocho (08) de febrero de dos mil diecinueve (2019) Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY, RADICACIÓN: 70-001-33-33-002-2015-00238-01

adicionales de los pensionados docentes se encuentran ajustados a derecho, por las razones anteriormente expuestas.

## 3.6. CASO EN CONCRETO

Una vez expuestos los argumentos legales y jurisprudenciales el Despacho entra a resolver el caso concreto.

En el presente asunto, está demostrado que el demandante Hernando Hernández Gamarra se vinculó al servicio público docente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, toda vez que adquirió el status de pensionado el 8 de marzo de 2004 por cumplir los requisitos de ley, es decir, 20 o más años de servicio; tal como se desprende de la Resolución N° 04059 de 4 de octubre de 2004.

Es decir que al ser beneficiario del régimen especial de los docentes contemplado en la Ley 91 de 1989, ostenta 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 acápite de normas y precedente jurisprudencial aplicables.

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.

De otra parte, se resalta que la 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.

Finalmente, se precisa que la prohibición del parágrafo único del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, que los demandantes consideran conculcada, no guarda relación con el régimen que cobija a los docentes, pues su objeto fue reglamentar las Leyes 71 y 79 de 1988 y respecto a la imposibilidad de afectar las mesadas adicionales, el mencionado decreto

quiso referirse a otro tipo de obligaciones como créditos, deudas y cuotas destinadas a asociaciones gremiales, cooperativas y fondos de empleados, diferentes a las legales o reglamentarias que el afiliado debe asumir en su condición de pensionado, *verbi gratia*, los servicios de salud; previsión que en modo alguno modificó la Ley 91 de 1989 o el régimen de pensiones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por las razones expuestas, para el Despacho no resulta procedente ordenar la suspensión y reembolso de los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales con base en las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003 y 1250 de 2008.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

## 4.0. Costas y agencias en derecho

El Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, en razón a que existen criterios diferentes en la jurisprudencia del Tribunal Contenciosos Administrativo de Cundinamarca que permitieron variar la postura de este Despacho, por lo tanto estima el Juzgado que la parte vencida en este caso no debe soportar las consecuencias del cambio jurisprudencial y por ello no dispondrá de condena en este sentido.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** 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 la parte motiva de presente providencia.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas en esta providencia.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARÌA CECILIA PIZARRO TOLEDO**

**JUEZ**

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL

CIRCUITO DE BOGOTÁ

SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 15 ENE. 2020 a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy 15 ENE. 2020 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaria

AAM