



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

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aydée Anzola Linares, piso 4°

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:	N° 11001-33-35-016-2018-0138-00
Demandante:	AURA JUDITH SARMIENTO ACOSTA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Tema: descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de docentes oficiales.

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. Pretensiones¹: La señora Aura Judith Sarmiento Acosta solicita se declare la nulidad del Oficio N° 20181070027871 del 26 de enero de 2018, por medio del cual la entidad demandada le negó el reintegro de los descuentos realizados en salud sobre la mesada adicional de junio y diciembre descontados de su pensión de jubilación con destino al régimen contributivo de salud.

¹ Fls. 25-26.

Como consecuencia de la anterior declaración solicita se condene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** que se suspendan la totalidad de los descuentos que se efectúan sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, efectuados a la pensión de jubilación reconocida a la demandante mediante la Resolución N° 883 del 19 de febrero de 2002; así como que se reintegren de forma indexada todos los descuentos realizados en con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre descontados de la pensión de la demandante.

Solicita que se ordene a las demandadas el cumplimiento de la sentencia condenatoria y a que reconozcan y paguen los intereses moratorios causados por la no cancelación completa de las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, conforme al artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Hechos²: 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. 0883 del 19 de febrero de 2002, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a la parte demandante, efectiva a partir del 4 de septiembre de 2001 y la misma fue reajustada a través de la Resolución No. 5955 del 21 de octubre de 2002.

El demandante presentó una petición el 11 de enero de 2018 ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual solicitó suspensión y reintegro de los descuentos realizados para salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y de diciembre.

La Fiduciaria la Previsora a través de Oficio No. 20181070027871 del 26 de enero de 2018, actuando como vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le indicó a la parte demandante que no era posible acceder favorablemente a la petición de las

2 Fls. 26-27-

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

Como consecuencia de los descuentos ilegales efectuados a sus mesadas pensionales adicionales, sostiene que las demandadas le adeudan una suma aproximada de \$7.877.171, producto de los descuentos realizados desde el 4 de septiembre de 2001 a diciembre de 2017.

2.2 Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: artículos 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3 y 58, la Ley 4ª de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966, Decretos 3135 de 1968 1848 de 1969, 806 de 1998, 1073 de 2002, Leyes 43 de 1984, 91 de 1989, 812 de 2003, 100 de 1993, 797 de 2003 y concepto de la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicado N° 1064 del 16 de diciembre de 1997.

Señaló como **concepto de violación** que la entidad demandada abusó de su competencia discrecional, al efectuar descuentos del 12% desde que se le reconoció la pensión a la parte demandante en salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre. Expresó que parágrafo del Decreto 1073 de 2002 estableció una prohibición clara de hacer descuentos sobre las mesadas referidas, señalando que tales cobros solo deben hacerse sobre las 12 mesadas ordinarias, por tanto el acto acusado transgrede las normas de orden superior citadas, al desestimar de plano 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 10 de abril de 2018³, posteriormente por medio de auto de fecha 7 de junio de 2018⁴ fue inadmitida la demanda para que fuera corregida en los aspectos anotados por el Despacho, lo cual fue cumplido por la parte actora mediante memorial del 24 de junio de 2018⁵, razón por la cual, a través de providencia del 23 de agosto de 2018⁶, el Despacho admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 3 de diciembre del mismo año, fue notificada mediante correo electrónico la parte

3 Fl. 40.

4 Fl. 42.

5 Fls. 44-45.

6 Fl. 48.

demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁷.

Las entidades demandadas pese a haber sido notificadas de la demanda no contestaron la misma, tal como se desprende del informe secretarial que milita a folio 60 del expediente.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 18 de octubre de 2019⁸, el Juzgado fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial; en la prementada diligencia se surtieron 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 2019⁹, los cuales quedaron consignados en el CD que milita 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 distintas sentencias del Consejo de Estado dejaron en firme tal prohibición.

2.5.2 La parte demandada: Presentó sus alegatos en audiencia inicial llevada a cabo el día 6 de noviembre de 2019¹⁰, los cuales quedaron consignados en el CD que milita dentro del expediente.

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y 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

7 Fls. 52-56.

8 Fl. 61.

9 Fls. 68-71.

10 Fls. 68-71.

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.

2.5.3 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 el punto de disenso en primer orden se circunscribe en establecer si el acto administrativo contenido en el Oficio N° 20181070027871 del 26 de enero de 2018, se encuentra viciado por alguna causal de nulidad.

En segundo lugar si la señora **AURA JUDITH SARMIENTO ACOSTA**, tiene tienen derecho a que las entidades demandadas le reintegren los descuentos del 12% o cualquier otro valor, descuentos realizados con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre de cada año descontados de la pensión de la parte 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 de la actora.

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 los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) De las mesadas pensionales adicionales, ii) De las cotizaciones para salud y, iii) De los 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 pensionales adicionales.

Del recuento de las normas que reglamentan el tema observamos que la Ley 4ª de 1976¹¹ estableció¹², 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 b¹³, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁴ 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 1993¹⁵- en los artículos 50¹⁶ y 142¹⁷, indicó que los pensionados tendrían mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

3.3. De las cotizaciones para salud.

A partir de la Ley 4ª de 1966¹⁸ los pensionados afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, cotizaban mensualmente el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional con

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

12 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.

13 “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.”

14 Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

15 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

16 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.

17 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 1º 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 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.

18 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.

destino dicha caja¹⁹, a fin de que ellos y sus familiares pudieran disfrutar de todos los servicios médicos²⁰.

Por su parte el Decreto 3135 de 1968²¹, en relación con la asistencia médica, para pensionados, estipuló una cotización mensual de un cinco por ciento (5%) de la pensión²². El mismo porcentaje de cotización para acceder al derecho a la atención se determinó²³ en el Decreto 1848 de 1969²⁴ y luego en el numeral 5º, artículo 8²⁵ de la Ley 91 de 1989, incluidas las mesadas adicionales.

El artículo 81²⁶ 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 2003²⁷, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

A su vez, el artículo 204²⁸ 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

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

20 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).

21 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.

22 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.

23 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.

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

25 “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”.

26 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.

27 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 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...”

28 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 (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso

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. De los Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales.

En primer lugar, el artículo 5²⁹ de la Ley 43 de 1984³⁰ 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 2002³¹, en el artículo 1⁰³² reguló los descuentos en las mesadas pensionales respecto de las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos

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)

29 ARTICULO 50. 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 30. 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

30 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.

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

32 "ARTÍCULO 10. 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 reglamentos por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de 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."

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 2019³³, 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 81³⁴ 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

33 Magistrada Ponente. Carmen Alicia Rengifo - Expediente No. 2016-00156.

34 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 Salud³⁵; 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 últimos³⁶.

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 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.

³⁵ Corte Constitucional – Sala Plena; Magistrado ponente, Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-369 de 27 de abril de 2004; Referencia: expediente D-4859.

³⁶ 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 Subsecciones 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 sistema³⁷...”.

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 es, los que tienen que ver con las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos

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

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 pensionados³⁸...”.

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 adicionales³⁹...”.

Así mismo, el Tribunal Administrativo de Sucre⁴⁰, 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 Colegiaturas como el antes mencionado, según el cual los descuentos realizados por La Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas

38 Providencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019). Magistrada Ponente: Carmen Alicia Rengifo DRA. Expediente:No. 2016-00156-01 (Oralidad)

39 Providencia del 9 de noviembre de 2018. Magistrada Ponente. Beatriz Helena Escobar Rojas. Radicado:11-001-33-35-009-2015-00348-01

40 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 la demandante Aura Judith Sarmiento Acosta se vinculó al servicio público docente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, toda vez que adquirió el status de pensionada el 3 de septiembre de 2001 por cumplir los requisitos de Ley, es decir, 20 o más años de servicio y 55 años de edad; tal como se desprende de la Resolución N° 883 del 19 de febrero de 2002 (fls. 7-12).

Es decir que al ser beneficiaria del régimen prestacional de los docentes oficiales contemplado en la Ley 91 de 1989, tiene 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 párrafo único del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, que la demandante considera conculcada, no guarda relación con el régimen que cobija a los docentes oficiales, 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 de postura 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

Maria Cecilia Pizarro Toledo
MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ

Hjdg

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 12:00 a.m.

15 ENE. 2020 _____
Secretaria

Hoy _____ 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