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

SECCIÓN SEGUNDA

Carrera 57 Nº 43-91, Edificio Aidée Anzola Linares CAN
Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., julio treinta y uno (31) de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia Anticipada de primera instancia (Decreto 806 de 2020)
Radicación:	Nº 11001-33-35-016-2018-0200-00
Demandante:	MARÍA FENEY FERNÁNDEZ ECHEVERRY
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERI –

Tema: Descuentos en Salud sobre las mesadas adicionales de docentes oficiales

1. ASUNTO POR DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020[1] y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: La señora **MARÍA FENEY FERNÁNDEZ ECHEVERRY** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación – Ministerio de

---

[1] Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

Educación– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó demanda dentro de la cual solicita que se declare la existencia y nulidad del acto ficto presuntamente negativo por medio del cual la entidad demandada omitió realizar pronunciamiento de fondo a la petición radicada No. 20170320426852 de 21 de febrero de 2017 y en consecuencia negó a la demandante el reintegro de los descuentos del 12% realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre devengadas con ocasión de su mesada pensional por invalidez reconocida mediante Resolución 2067 de 30 de marzo de 2007.

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 diciembre con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, efectuados a la pensión por invalidez reconocida a su favor, así como que se reintegren de forma indexada todos los descuentos realizados en con destino a salud sobre las mesadas adicionales de diciembre descontados de la pensión de la demandante.

Solicita que se ordene a las demandadas el cumplimiento de la sentencia condenatoria y a que se reconozca y pague la condena en costas.

2.2. Hechos:

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Oficina Regional de marzo de 2007, reconoció y ordenó el pago de la pensión de invalidez a la parte demandante, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2006.

Señala que, en virtud de la Ley 91 de 1989 quien efectúa el reconocimiento de la pensión y demás prestaciones es el FOMAG, pero quien realiza el pago de las mesadas y descuentos es salud es la FIDUPREVISORA, obrando en calidad de administradora de los recursos del Fondo. En virtud de ello la Fiduciaria ha venido descontando injusta e ilegalmente de manera adicional para la salud sobre las mesadas de diciembre.

El demandante presentó una petición el 21 de febrero de 2017 ante la FIDUPREVISORA, a través de la cual el reintegro de los descuentos realizados para salud sobre las mesadas pensional de diciembre.

La Fiduciaria la Previsora a la fecha no ha dado respuesta a dicha petición.

2.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas se citan las siguientes normas constitucionales: Artículo 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3 y 58.

De orden legal señaló como transgredidas las siguientes: Código Civil artículo 10, Ley 4 de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 del 66, Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969, la Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003.

En su concepto de violación, manifestó que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la FIDUCIARIA LAPREVISORA S.A. vulneran las disposiciones señaladas pues su deber constitucional, legal y reglamentario es velar por que no se realicen descuentos ni operaciones fuera del ámbito legal. Para el caso en concreto señala que la Fiduprevisora S.A. como administradora de los recursos del FOMAG abusa de su competencia discrecional al efectuar descuentos del 12 % sobre las mesadas adicionales de diciembre.

También, respecto al acto ficto demandado, indica que viola también las disposiciones señaladas al desestimar de plano el deber de la entidad de reintegrar los descuentos realizados sobre las mesadas adicionales de diciembre a favor de la demandante.

Adicionalmente cita como posición jurisprudencial sobre la materia, providencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (16 de diciembre de 1997 Consejero Ponente Augusto Trejos Jaramillo), en donde en esa ocasión se sostuvo que sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre el descuento del 12% con destino al pago de aportes al sistema de salud no es susceptible. Dicha providencia es citada inextenso, así como varias sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que adoptan esa posición (2 de septiembre de 2010 y 17 de junio de 2011).

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 18 de mayo de 2018 tal como se puede constatar[2] del expediente y a través de providencia de junio 7 de 2018[3], se admitió la demanda. asimismo, el 18 de junio de 2018[4], fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

[2] Fl.21
[3] Fl.23
4 Fl. 24

La parte demandada pese a haber sido notificada no contestó la demanda, tal como se desprende del informe secretarial que funge a folio 35 de expediente.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 3 de julio de 2020[5] , el Juzgado atendiendo a lo dispuesto en la parte final del artículo 181 del CPACA en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020[6], corrió traslado a las partes para alegar por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada.

2.5. Alegatos de conclusión

2.6.1 La parte demandante: Habiendo transcurrido el término dispuesto para ello por auto que antecede, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, señalando luego de hacer un recuento de los hechos probados dentro del proceso, que las entidades demandadas aplican la normatividad de manera sesgada, violando el principio de inescindibilidad de la ley en contravía de los derechos de los docentes al ignorar que la ley 812 de 2003 respecto al régimen pensional de los docentes oficiales decidió otorgarles los mismos derechos pensionales que los establecidos por el régimen de prima media de la ley 100, el cual prohíbe expresamente los descuentos sobre mesadas adicionales.

Para sustentar su afirmación también trae a colación una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en donde se sostuvo esta tesis, así como otra donde además se afirma que no se puede aplicar un descuento sobre mesadas adicionales que ninguna norma contempla de manera expresa. Esto último debido a que dichos aportes tienen el carácter de contribuciones parafiscales, tributos que en palabras de la Corte Constitucional en providencias que se permite también citar, bajo el principio de legalidad tributaria requieren de una norma previa que los establezca y fije su tarifa, hecho generador y base gravable; facultad normativa que naturalmente recae sólo en el Congreso de la República.

2.6.2 La parte demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.:

5 Fl. 36
6 Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

Presentó sus alegatos por escrito y en término, mediante memorial allegado al correo electrónico del despacho, en el que expresó que la Fiduciaria la Previsora S.A. actúa únicamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo constituido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en virtud del contrato de fiducia suscrito con la entidad. De manera que, con fundamento en lo anterior, aunque los recursos administrados provienen del FOMAG, sólo el fideicomitente (Ministerio de Educación) puede disponer de ellos.

Respecto a los descuentos por concepto de salud la parte demandada se permite manifestar que por autoridad de la ley es el FOMAG la entidad autorizada a descontar el 5% de las mesadas devengadas por los docentes, inclusive sobre las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.

En consecuencia, luego de reseñar el régimen prestacional de los docentes oficiales contenido por las leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, señala tanto la legalidad de los descuentos realizados, como la improcedencia de la devolución de aportes sobre mesadas pensionales. Esto último citando una providencia de tutela expedida por el Consejo de Estado en donde se argumentó que no obstante haberse prohibido el descuento sobre mesadas adicionales mediante Decreto 1073 de 2002, esta norma no aplica al régimen prestacional docente por resultar este una excepción al sistema General de Seguridad Social en Pensiones consagrado por la Ley 100 de 1993, situación que se reafirma en las disposiciones del Acto Legislativo No. 01 de 2005. Por último, sostiene que esta situación conforme se expuso no contraviene el principio de Solidaridad, definición que se permite citar con ocasión de la sentencia T-126 de 2000. Así solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

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 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico por resolver Advierte el Despacho que el punto de disenso en primer orden se circunscribe en declarar la existencia del acto ficto presuntamente negativo expedido por la entidad demandada como consecuencia del silencio administrativo a la petición presentada por la demandante el 21 de febrero de

2017 radicado bajo el No. 20170320426852 por medio de la cual solicitó el reintegro de los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas de diciembre que actualmente devenga como pensionada del magisterio. Adicionalmente, si deberá declararse la nulidad de este.

En segundo lugar si la señora **MARÍA FENEY FERNÁNDEZ,** tiene 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 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 1976[7] estableció[8], 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[9], numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989[10] establecía desde entonces, para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

---

[7] Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.
[8] 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.
[9] "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."

Magisterio, una mesada adicional a medio año. Posteriormente, el Sistema de Seguridad Social Integral -Ley 100 de 1993[11]- en los artículos 50[12] y 142[13], indicó que los pensionados tendrían mesadas pensiónales adicionales de junio y diciembre.

3.3. De las cotizaciones para salud.

A partir de la Ley 4ª de 1966[14] 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[15], a fin de que ellos y sus familiares pudieran disfrutar de todos los servicios médicos[16].

Por su parte el Decreto 3135 de 1968[17], en relación con la asistencia médica, para pensionados, estipuló una cotización mensual de un cinco por ciento (5%) de la pensión[18]. El mismo porcentaje de cotización para acceder al derecho a la atención se determinó[19] en el Decreto 1848 de 1969[20] y luego en el numeral 5º, artículo 8[21] de la Ley 91 de 1989, incluidas las mesadas adicionales.

---

[10] Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
[11] Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.
[12] 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.
[13] 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.
[14] 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.
[15] Parágrafo único del artículo 2 de la Ley 4º de 1966.
[16] 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).
[17] 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.
[18] 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.
[19] 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.
[20] Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

El artículo 81[22] 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[23], disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

A su vez, el artículo 204[24] 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. Los Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales.

En primer lugar, el artículo 5[25] de la Ley 43 de 1984[26] prohibió los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

---

[21] "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".

[22] 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.

[23] 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…"

[24] 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)

[25] 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

Posteriormente la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que frente a los pensionados 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[27], en el artículo 1º[28] reguló los descuentos en las mesadas pensionales respecto de 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.

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[29], al interpretar el artículo 1º 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."

---

[26] 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.
[27] Por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988.
[28] "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 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."
[29] Magistrada Ponente. Carmen Alicia Rengifo - Expediente No. 2016-00156.

Como se dijo en el capítulo anterior, el artículo 81[30] 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 Social en Salud[31]; 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[32].

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 relacionados 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.

[30] 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.
[31] Corte Constitucional – Sala Plena; Magistrado ponente, Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-369 de 27 de abril de 2004; Referencia: expediente D-4859.
[32] 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.

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 el artículo se establecen como criterios auxiliares de la actividad judicial la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

En lo que toca a 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.

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, aclarando que si bien en casos similares al presente, con antelación se 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 debían efectuarse, debido a que no existía en el ordenamiento jurídico positivo disposición que permitiera efectuarlos, en la actualidad el despacho varió este criterio.

Cabe resaltar que 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[33]…"*.

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 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[34]…"*.

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*

[33] Providencia del 19 de octubre de 2017. Magistrado Ponente. Jaime Alberto Galeano. Expediente No.11001-33-35-019-2016-00314-01 (Oral)
[34] Providencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019). Magistrada Ponente: Carmen Alicia Rengifo DRA. Expediente:No. 2016-00156-01 (Oralidad)

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[35]*…".*

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, según el cual los descuentos realizados por La Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas adicionales de los pensionados docentes se encuentran ajustados a derecho, por las razones anteriormente expuestas.

3.6. CASO CONCRETO:

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

En el presente asunto, está demostrado que la demandante María Ferney Fernández Echeverry 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 25 de octubre de 2006 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° 2067 de 30 de marzo de 2007 (fls. 2-4).

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

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

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 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Finalmente, se precisa que la prohibición del parágrafo único del artículo 1º 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.

Costas y agencias en derecho

Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018[36], tenemos que:

[36] Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

“ ***a)*** *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – CPACA-*

b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

c) *Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)*

e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas*

f) *La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”*

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, el despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

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,

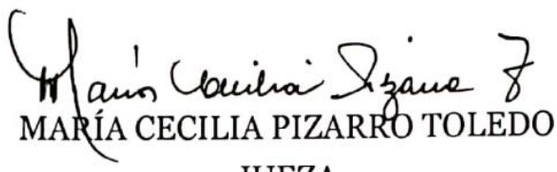
RESUELVE:

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



MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZA

JLPG

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 **5 de agosto de 2020** a las 8:00 a.m.

_____
Secretaria

Hoy **5 de agosto de 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