



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

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, julio veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-0214-00
Demandante:	FLORALBA HERRERA LADINO
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Tema: Descuentos en salud docente

1. ASUNTO A 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 2020¹ y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

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.

2.1. Pretensiones: La demandante a través de apoderado judicial dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a fin de obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo negativo en relación con la petición radicada **03 de agosto de 2017**, por medio de la cual solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio de diciembre.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó de condenara a la entidad demandada para que le ordene a la Fiduciaria la Previsora el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados con destino a salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde la adquisición de su status jurídico de pensionado, esto es, desde el 10 de julio de 2000 hasta la fecha y a suspender los descuentos en mención.

Además condenar a la demandada al pago en forma indexada, del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha de status jurídico, aplicando para tal fin la variación del Índice de precios al consumidor certificado por el D.A.N.E.

Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que como resultado se profiera en el proceso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, e igualmente reconozca los intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, tal como lo establece el artículo 192 ibídem.

2.2. Hechos. De los hechos expuestos en la demanda se desprende lo siguiente:

- a.** La parte actora laboró como docente para la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- b.** Le fue reconocida la pensión mediante Resolución No. 1397 de 27 de abril de 2001, con efectividad a partir del 10 de julio de 2000.
- c.** Argumentó que la Fiduciaria la Previsora S.A, en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación Nacional, asumió el descuento y pago de las deducciones en salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, pero desde el nacimiento del derecho e inclusión en nómina de la parte actora, dicha entidad ha venido descontando el 12% para salud de las mesadas de junio y diciembre, las cuales son denominadas mesadas adicionales.

- d. Señala que recibe 14 mesadas al año y sobre las mismas le aplican descuentos con destino a salud, del 12%.
- e. Añade que la Fiduprevisora en calidad de vocera del FOMAG, efectúa descuentos en los pagos de junio y diciembre y en mesadas otorgadas de manera adicional en los mismos periodos, descontando así un valor correspondiente al 24%, sobrepasando lo dispuesto por la ley.
- f. Finalmente, expresa que el día 03 de agosto de 2017, solicitó ante la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizado con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, no obstante, la entidad guardó silencio.

2.3. Normas violadas y concepto de violación. Como normas violadas se citan los artículos 2, 6, 13, 25, 53 y 58 de la Constitución Política y legales: la Ley 4ª de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966, Decretos 3135 de 1968 1848 de 1969, Ley 1073 de 2003, Ley 812 de 2003, 100 de 1993, 797 de 2003, Ley 91 de 1990 y concepto de la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicado N° 1064 del 16 de diciembre de 1997.

Señalaron las demandantes 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 de hacer descuentos sobre las mesadas referidas, señalando que tales cobros solo deben hacerse sobre las 12 mesadas ordinarias, por tanto los actos acusados transgreden 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.

Finalmente, señalan que no es procedente los descuentos en salud sobre el valor de las mesadas adicionales, pues la ley de manera clara proscribía los citados descuentos; además a las demandantes se les ha omitido el pago completo de sus derechos pensionales, siendo este un derecho fundamental debidamente reconocido y adquirido, con lo cual se está atentando contra su dignidad y primacía de los derechos inalienables.

2.4. Actuación procesal: Tal como se expresó en la demanda se presentó el 30 de mayo de 2018² y a través de providencia de 14 de junio de 2018³ se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 19 de octubre de 2018⁴, fue notificada mediante correo electrónico las partes demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. La parte demandada pese a haber sido notificada no contestó la demanda, tal como se desprende del informe secretarial que milita a folio 54 del expediente.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 3 de julio de 2020⁵, 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 2020⁶, corrió traslado a las partes para alegar por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada.

2.5. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS.

2.5.1 La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Como se estableció en el trámite procesal, el extremo pasivo de la Litis de la referencia a pesar de haber sido notificada no contestó la demanda.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 Alegatos parte demandante:

Presentó sus alegatos por escrito el cual fue allegado al correo electrónico del juzgado, solicitando se accedieran a las pretensiones de la demanda; considerando que resulta enteramente aplicable lo señalado en el párrafo del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, al establecer que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos, no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales; añadiendo que en lo referente a los descuentos realizados a las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, se

2 Ver folio 17

3 Ver folio 19

4 Ver folio 31

5 Fl. 58

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.

evidencia ostensible transgresión en lo establecido en el Decreto citado, en razón a que la entidad demandada pasa por alto lo mencionado en el artículo primero.

2.6.2 Alegatos parte demandada:

Presentó sus alegatos por escrito el cual fue allegado al correo electrónico del juzgado, dentro del cual solicitó se negaran las pretensiones de la demanda, por considerar que la autoridad judicial no incurrió en el defecto sustantivo alegado por la parte demandante, toda vez que la decisión cuestionada se encuentra debidamente sustentada y ajustada a derecho y en ella se utilizaron criterios de interpretación expuestos de manera razonada, que no implican desbordamiento del orden jurídico, otra cosa, es que la parte actora discrepe de la interpretación normativa efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el caso sometido a su consideración y que esta postura va estrechamente ligada con lo contemplado en la norma superior, esto es, el principio constitucional de solidaridad.

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

3.1. Problema Jurídico.

Consiste en determinar:

En primer lugar, si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo ficto presunto negativo producto de la falta de respuesta a la petición de fecha **03 de agosto de 2017 con radicado No. E- 2017-136226**, a través de la cual la entidad demandada negó la solicitud de reintegro y suspensión de los dineros descontados por salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

En segundo lugar, si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada 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 las pensiones desde la fecha en que la actora adquirió el status de pensionada, de igual

forma, establecer si la entidad accionada se debe abstener de efectuar el descuento del 12% o cualquier otro valor en salud sobre las mesadas pensionales de las actoras.

De igual forma, se debe establecer si hay lugar a condenar a la parte demandada al pago de forma indexada, del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha del status jurídico, aplicando para tal fin la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

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 1976⁷ estableció⁸, 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 b⁹, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁰ 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 1993¹¹- en los artículos 50¹² y 142¹³, indicó que los pensionados tendrían mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

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."

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.

3.3. De las cotizaciones para salud.

A partir de la Ley 4^a de 1966¹⁴ los pensionados afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, cotizaban mensualmente el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional con destino dicha caja¹⁵, a fin de que ellos y sus familiares pudieran disfrutar de todos los servicios médicos¹⁶.

Por su parte el Decreto 3135 de 1968¹⁷, en relación con la asistencia médica, para pensionados, estipuló una cotización mensual de un cinco por ciento (5%) de la pensión¹⁸. El mismo porcentaje de cotización para acceder al derecho a la atención se determinó¹⁹ en el Decreto 1848 de 1969²⁰ y luego en el numeral 5^o, artículo 8²¹ de la Ley 91 de 1989, incluidas las mesadas adicionales.

El artículo 81²² 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

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^o 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 4^o de 1966.

16 Artículo 7^o, *ibid.*- 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 37^o.- 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 90^o.- 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.

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.

Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones que establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003²³, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

A su vez, el artículo 204²⁴ 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. De los Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales.

En primer lugar, el artículo 5²⁵ de la Ley 43 de 1984²⁶ 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.

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 ARTÍCULO 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

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.

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002²⁷, en el artículo 1^o²⁸ 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 esta 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 2019²⁹, al interpretar el artículo 1^o 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 81³⁰ 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

²⁷ Por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988.

²⁸ “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 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.

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.

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 Salud³¹; 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 últimos³².

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.

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.

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.

Por su parte, el artículo 7° 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 sistema³³...”.

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 pensionados³⁴...*”.

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 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989 que ordena de manera explícita el descuento sobre las mesadas pensionales, incluidas las adicionales³⁵...*”.

Por 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

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)

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

Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas 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 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 09 de julio de 2000**³⁶, 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 de reconocimiento pensional, esto es, la Resolución No. 001397 de 27 de abril de 2001.

Es decir que al ser beneficiaria del régimen prestacional de los docentes oficiales contemplado en la Ley 91 de 1989, tienen la obligación de contribuir con los aportes legales correspondientes, no solo sobre las mesadas ordinarias, sino también de las adicionales, como se indicó en el 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.

³⁶ Ver folio 3 del expediente 2018- 00214, lo anterior se desprende de la Resolución No. 001397 de 27 de abril de 2001

Finalmente, se precisa que la prohibición del párrafo único del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, que las demandantes consideran 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 dentro, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la misma 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 las partes demandantes, 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 dentro de los procesos **2018-0214** donde funge como demandante la señora **FLORALBA HERRERA LADINO**, por las razones expuestas la parte motiva de presente providencia.

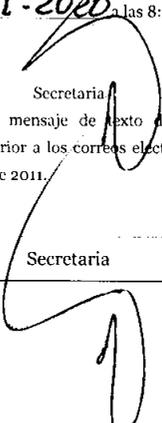
SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas en esta providencia.

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
JUEZ

MAM

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 providencia anterior, hoy <u>28 JUL -2020</u> a las 8:00 a.m.	
Secretaría	
Hoy <u>JUL - 28 - 2020</u> se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.	
Secretaría	

