



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**  
**SALA DE DECISIÓN No. 5**  
**MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**

Tunja, **215 JUN 2018**

<b>Demandante</b>	Jorge Enrique Godoy Ochoa
<b>Demandado</b>	La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Fiduciaria la Previsora S.A.
<b>Expediente</b>	15238-3333-752-2015-00221-01
<b>Medio de control</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
<b>Tema</b>	Confirma sentencia que negó pretensiones – devolución de descuentos en salud

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante (fls. 79 a 83), en contra de la sentencia del 20 de noviembre de 2017 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 60 a 77).

### I. ANTECEDENTES

#### 1. LA DEMANDA (fls. 2 a 14).

El señor Jorge Enrique Godoy Ochoa a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la nulidad del Oficio No. 20150160492001 del 22 de junio de 2015, por medio de la cual se negó la solicitud de suspensión y reintegro de los descuentos que se efectúan sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre o prima de junio y diciembre de la pensión de jubilación, con destino al régimen contributivo de salud.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad demandada suspender la totalidad del descuento que se efectúa como cotización al régimen contributivo de salud, efectuado a las mesadas adicionales de junio y diciembre, y se orden reintegrar dichos valores de forma indexada, así como reconocer y pagar los intereses moratorios por el pago incompleto de las mesadas de junio y diciembre.

#### 1.1. Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

El demandante prestó sus servicios como docente al sector oficial y cumplió la edad exigida por ley para tener derecho a la pensión de jubilación, la cual



*Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa*  
*Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG*  
*Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

le fue reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en cuantía de \$1.097.816 a partir del 11 de agosto de 2004.

Sobre las mesadas adicionales devengadas por él durante los meses de junio y diciembre, la entidad ha venido efectuándole los descuentos del 12% o 12,5% con destino al régimen contributivo en salud.

El 7 de abril de 2015, el demandante solicitó al FOMAG la suspensión y el reintegro de los descuentos que se efectúan a la pensión de jubilación sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre las cuales corresponden a la suma aproximada de \$3.783.672. Dicha solicitud fue remitida por dicha entidad a la Fiduciaria La Previsora, la cual dio respuesta negativa a la misma.

## **1.2. Normas violadas**

Invocó como normas violadas las previstas en las siguientes disposiciones: Ley 42 de 1982 y la Ley 43 de 1984.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **2.1. Nación- Ministerio de Educación – FOMAG**

Dentro del término procesal correspondiente, el apoderado de la entidad demandada, presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda (fls. 45 a 52).

Señaló que hay una ausencia de responsabilidad en cabeza de la entidad por cuanto la actora no ha probado la existencia de un vínculo o nexo causal que justifique el pago de los derechos prestacionales pretendidos, pues el Fondo no está a cargo del Ministerio de Educación Nacional, sino que se trata de una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, contando con órganos de dirección independientes al ministerio.

Propuso las siguientes excepciones:

- ***Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:*** señaló que los actos demandados se ajustan a la legislación colombiana, como también los pagos efectuados al demandante y los descuentos que se realizan sobre cada mesada pensional que encuentran sustento en lo prescrito por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008 y en el artículo 8º numeral 5º de la Ley 91 de 1989, normas que en su orden establecen la posibilidad de descontar el 12% como aporte a salud y el 5% como aporte para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no le



Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

M7

asiste razón al demandante a pretender la devolución de aportes que legalmente está obligada a realizar.

- ***Inexistencia de la obligación:*** señaló que el Ministerio de Educación Nacional no interviene de forma alguna en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales o de salud a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ya que los trámites se encuentran a cargo de cada entidad territorial conforme la misma norma lo define sin que haya lugar a que se interprete como una delegación y que estén actuando a nombre del ministerio, y en cuanto al pago, le corresponde a la Fiduciaria por ser la administradora de los recursos destinados para el pago de las mencionadas prestaciones en cada Secretaría de Educación, recursos que tampoco son del presupuesto del Ministerio ni son administrados por este.
- ***Falta de legitimación por pasiva:*** señaló que el Ministerio de Educación no interviene de forma alguna en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales o de salud a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio ya que los trámites se encuentran a cargo de cada entidad territorial conforme la misma norma lo define sin que haya lugar a que se interprete como una delegación y que estén actuando a nombre del Ministerio, y en cuanto al pago le corresponde a la Fiduciaria por ser la administradora de los recursos destinados para el pago de las mencionadas prestaciones en cada Secretaría de Educación, recursos que tampoco son del presupuesto del Ministerio ni son administrados por este.
- ***Prescripción:*** solicitó que se declare la prescripción de aquellos derechos económicos reclamados y que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación hasta que se radicó la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 488 del C.S.T.
- ***Genérica***

## 2.2. Fiduciaria la Previsora

Dentro de la oportunidad que le fuera conferida para tal efecto, la entidad en mención no contestó la demanda.

## 3. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Sogamoso, mediante sentencia proferida en audiencia inicial de fecha 20 de noviembre de 2017, resolvió negar las pretensiones de la demanda (fls. 60 a 77).



*Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa*  
*Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG*  
*Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Para llegar a tal conclusión, efectuó un recuento de los antecedentes del proceso desde la demanda, la contestación a la misma, y los alegatos presentados por las partes, determinó el problema jurídico y analizó la normatividad aplicable al caso.

Indicó que los descuentos efectuados al demandante sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre se ajustan a la ley por lo que no hay lugar a la devolución ni a la suspensión de los mismos, por cuanto dichos aportes se efectúan con fundamento en el principio de solidaridad que permite la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud.

Aseveró que las disposiciones contenidas en los artículos 8 numeral 5° de la Ley 91 de 1989, 204 de la Ley 100 de 1993, 1° de la Ley 1250 de 2008 y 81 inciso 4° de la Ley 812 de 2003, avalan la legalidad de la actuación desplegada por las entidades demandadas, sin que pueda afirmarse la configuración de un descuento acumulado del 24% para salud como lo manifestó el apoderado de la parte actora, pues la contribución o aporte del 12% por mesada individual retribuye los beneficios que en materia asistencial tienen los pensionados que las perciben.

Indicó así que no se avizora causal que amerite la declaratoria de nulidad del acto acusado y por tanto deben negarse las pretensiones de la demanda.

#### **4. RECURSO DE APELACION**

Encontrándose dentro del término para ello, el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque el mismo (fls. 79 a 83).

Al efecto señaló que las mesadas pensionales fueron creadas para equilibrar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, de tal forma que los pensionados pudieran gozar de una vida digna contando con la misma calidad de vida que ostentaban al momento de mantenerse en actividad.

Adujo que los educadores del magisterio en su calidad de pensionados tienen el derecho de gozar del beneficio a las mesadas adicionales en igualdad de condiciones a los del Régimen General de Seguridad en Pensiones, por lo que no se debería realizar el descuento a dichas mesadas adicionales pues se estaría haciendo un doble cobro.

Citó algunos apartes de sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para ratificar que no es posible realizar descuentos sobre las mesadas adicionales del mes de junio y diciembre por concepto de aportes a salud, por lo cual puede afirmarse que se trata de un descuento ilegal.



Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
 Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
 Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

## 5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

### 5.1. Parte demandada- Ministerio de Educación Nacional

La parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, en los que solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda (fls. 102 a 111).

Para tal efecto señaló que el acto demandado no fue expedido por la entidad demandada como quiera que tanto el reconocimiento de la prestación como la negación de inclusión de factores salariales se realizó por parte de la Secretaría de Educación del departamento y no contiene la manifestación de la voluntad de la entidad demandada.

### 5.2. Parte demandante

Dentro de la oportunidad para ello, presentó alegaciones señalando que no hay duda que la entidad demandada ha interpretado equivocadamente la normatividad aplicable pues de las mesadas adicionales no pueden hacerse descuentos para aportes en salud, descuento que resulta ilegal al tenor de la norma y la jurisprudencia (fls. 112 a 114).

5.3. El **Ministerio Público** guardó silencio.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

En razón a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, corresponde a esta Sala establecer, si es procedente el reintegro de los descuentos de seguridad social por concepto de salud, aplicados a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como beneficiarios de la pensión ordinaria de jubilación, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

### 2. TESIS DEL CASO SUB EXÁMINE

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

#### 2.1. Tesis argumentativa propuesta por el *a quo*

Su sentencia se encaminó a negar las pretensiones de la demanda por considerar que las disposiciones contenidas en los artículos 8 numeral 5º de la Ley 91 de 1989, 204 de la Ley 100 de 1993, 1º de la Ley 1250 de 2008 y 81 inciso 4º de la Ley 812 de 2003, avalan la legalidad de la actuación



*Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa*  
*Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG*  
*Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

desplegada por las entidades demandadas, sin que pueda afirmarse la configuración de un descuento acumulado del 24% para salud como lo manifestó el apoderado de la parte actora, pues la contribución o aporte del 12% por mesada individual retribuye los beneficios que en materia asistencial tienen los pensionados que las perciben.

## **2.2. Tesis argumentativa propuesta por el apelante**

Considera que no es posible realizar descuentos sobre las mesadas adicionales del mes de junio y diciembre por concepto de aportes a salud, pues con ello se estaría avalando un doble cobro por tal concepto, y por tanto, puede afirmarse que se trata de un descuento ilegal.

## **2.3. Tesis de la Sala**

Se procederá a confirmar la sentencia recurrida, pues si bien, las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, como lo pretende la parte actora con el recurso de apelación al solicitar la aplicación de los artículos 50 y 142 de la ley 100 de 1993, se tiene que **la Ley 91 de 1989, norma especial, sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°.**

Por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General.

Empero, ello no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general y obedece a la libre configuración legislativa.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: *i)* la pensión y los aportes en salud, *ii)* las mesadas adicionales de junio y diciembre, *iii)* descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales de la pensión de jubilación de los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, *iv)* principio de solidaridad que rige el sistema de seguridad social, y *v)* el caso concreto.

## **3. DE LA PENSIÓN Y LOS APORTES EN SALUD**

La Ley 4ª de 1966 “por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e



Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

119

invalidez y se dictan otras disposiciones”, en relación con el aporte por concepto de salud sobre las pensiones, dispuso:

**“Artículo 2º.-** Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma así:

(...)

**Parágrafo.- Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional.”**

Esta disposición fue reiterada en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Con posterioridad, la Ley 4ª de 1976, “por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones” sobre el particular señaló:

*“Artículo 7: Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependan económicamente de ellos de acuerdo con la ley, según lo determinen los reglamentos de las entidades obligadas tendrán derecho a disfrutar de los servicios médico, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento que 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 los aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.”*

De la norma citada en precedencia, se encuentra que no hace distinción alguna, sino que establece el derecho a la seguridad social en salud para todos los pensionados, siempre que cumplieran con el pago de aportes para tales servicios.

A su turno, la Ley 100 de 1993, estableció en el artículo 153 como una regla general del servicio público de salud, la obligatoriedad de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud para todos los habitantes de Colombia, dentro de los cuales, se entiende, quedan incluidas las personas que disfrutaban de pensión de jubilación.

Así mismo, en el artículo 157 de la citada ley, se establecen los tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud incluyendo tanto a afiliados al régimen contributivo como al régimen subsidiado y entre los primeros el legislador incluyó a los pensionados y jubilados.

#### **4. LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE**

En cuanto a la mesada adicional de diciembre, no fue contemplada por una disposición especial de manera diferente o exclusiva a favor de los docentes, sino que se trata de una prerrogativa de la que gozan los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado, que tuvo como origen la Ley 4ª



Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

de 1976, publicada en el Diario Oficial N° 34.483, del 5 de febrero de 1976, de la siguiente manera:

*“Artículo 5° 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.”*

A modo referencial se advierte, que la Ley 100 de 1993, reiteró en su artículo 50, lo contemplado en el Artículo 5° de la Ley 4ª de 1976, así:

*“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.”*

Dicha norma además en su artículo 142 consagró la mesada adicional de junio, en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS.** <Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> 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, **cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988**, 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.”

##### **5. DESCUENTO POR CONCEPTO DE SALUD EN LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

El descuento para salud fue consagrado, en principio, por el Decreto 1743 de 1966 reglamentario de la Ley 6ª de 1966, que indicó:

*“ARTÍCULO 2o. Todos los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, aportarán como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo o salario y la misma proporción de todo aumento en éstos. Por concepto de cuotas periódicas, el aporte es del cinco por ciento (5%) del valor del salario correspondiente a cada mes. Estos aportes se causan a partir del veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966).*

*Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación.*

**PARÁGRAFO. Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión.”**



Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
 Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
 Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

**ARTICULO 3o.** "A partir del 1o. de enero de 1966, los establecimientos públicos, institutos descentralizados y demás entidades de derecho público del orden nacional, con patrimonio propio y cuyos trabajadores sean afiliados forzosos a la Caja Nacional de Previsión Social, están obligados a contribuir con un cinco por ciento (5%) del valor de sus respectivos presupuestos de funcionamiento, con destino a dicha entidad por concepto de cuota patronal. Igualmente, los Notarios y Registradores están obligados a destinar un cinco por ciento (5%) de los ingresos mensuales, debidamente certificados por la Superintendencia de Notariado y Registro, a favor de la Caja Nacional de Previsión Social.

Los Pagadores respectivos no podrán hacer pagos sin que previamente giren el cinco por ciento (5%) para la Caja Nacional de Previsión Social".

Luego, el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, señaló:

"Art. 90...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".

El Decreto 732 de 1976<sup>1</sup> reglamentario de la Ley 4<sup>a</sup> de 1976 dispuso:

"Artículo 16. A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:

1. Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.
2. Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria..."

Por su parte, la Ley 42 de 1982 en su artículo 7°, proscribió expresamente todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5° de la Ley 4<sup>a</sup> de 1976, tanto a las organizaciones gremiales, como a las entidades encargadas del pago de pensiones.

Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984, publicada en el Diario Oficial N° 36.824, del 3 de enero de 1985, así:

"Artículo 5°.- 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".

La ley 91 de 1989, por su parte, dispuso la administración y pago de las pensiones y la administración y prestación del servicio médico de salud de

<sup>1</sup> Decreto 732 de 1976, reglamentario de la ley 4<sup>a</sup> de 1976, disponía:

"...Artículo 16. A partir de la vigencia de este decreto y para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados...contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con los siguientes aportes:

- 1.Un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación.
- 2.Un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria.

..."



Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

**todos los docentes sin excepción alguna**, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Específicamente en el numeral 5° del artículo 8° de la citada disposición, indicó:

*“Art. 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. **El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.***

*(...)*

*Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4. de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2°.*

*(Destacado por la Sala)*

Es decir, que todos los docentes pasaron a ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a cargo de la administración de su servicio médico de salud, por ende, dicha entidad se encontraba autorizada por la Ley 91 de 1989 para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara, **inclusive las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.**

La Ley 100 de 1993, creó el Sistema de Seguridad Social Integral, y en su artículo 279 expresamente dispuso:

*“ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.*

***Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...*** (negrilla fuera de texto).

A través del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993, se proscribió los



121

Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

descuentos sobre las mesadas pensionales adicionales para los beneficiarios de dicho régimen, de la siguiente manera:

*“Artículo 1°. 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. 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 la mesadas adicionales”*** (negrilla fuera de texto).

Posteriormente, mediante la Ley 812 de 2003 vigente a partir del 27 de junio de 2003, el legislador dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, como se cita enseguida:

***“ARTÍCULO 81...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...”*** (negrilla fuera de texto).

El inciso 4° del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, bajo las siguientes consideraciones:

***“...6- La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado***



Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

**específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción - `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`. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003."<sup>2</sup>**

(Negrilla y subraya fuera de texto)

Así las cosas, a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de la cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional, del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007<sup>4</sup> en 12.5%, y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008<sup>5</sup> en el porcentaje del 12%.

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso que:

***"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003"*** (negrilla fuera de texto)

Entiende la Sala, que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, **pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional** dado que por pertenecer a uno especial, se encuentran exceptuados del general, tal y

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-369. De 2004 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet.

<sup>3</sup> "La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado".

<sup>4</sup> "ARTÍCULO 10. Modifícase el inciso 1o del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así: ... La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización..."

<sup>5</sup> "Art 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así: ...La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional"



122

Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

como lo dispone el artículo 279 de la citada ley, y el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005 que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

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

Si bien, las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989 especial y posterior sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º.

Por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, pero ello no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general y obedece a la libre configuración legislativa.

En ese sentido el Consejo de Estado, al decidir una acción de tutela interpuesta contra una sentencia judicial que denegó el reintegro de las sumas descontadas en las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación de un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló:

*“Observa la Sala que, el tribunal accionado realizó un estudio juicioso de la normativa aplicable al caso concreto que le permitió establecer que, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, las personas que se encuentren afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidas de la aplicación del régimen general de seguridad social integral establecido en dicha Ley, razón por la que se creó un régimen especial, cuyas disposiciones se encuentran ratificadas por el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y por el párrafo transitorio 1º del acto legislativo 001 de 2005.*

...

*En lo relacionado con los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se tiene que, en principio, estos fueron prohibidos por el artículo 1º del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el*



Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

*cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993.*

*No obstante lo anterior, dichas normas no le son aplicables a los docentes, dado que estos pertenecen a un régimen especial exceptuado de la aplicación de la Ley 100, tal y como se dispone en el artículo 279 de esa norma en los siguientes términos:*

*“ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.*

*Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.*

*(...)*

*Aunado a lo anterior se tiene que el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, dispuso lo siguiente:*

*‘Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.’*

*Así las cosas, se tiene que la norma que se encontraba vigente antes de la Ley 812 de 2003, es la Ley 91 de 1989, la que, en el numeral 5º del artículo 8, prescribió que:*

*‘Artículo 8. 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.*

*(...)* (Negrillas fuera de texto)

*De la normativa trascrita se tiene que la autoridad judicial demandada 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 actora discrepe de la interpretación normativa efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el caso sometido a su consideración”<sup>6</sup>.*

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 2012-00411-00(ac), C.P. William Giraldo Giraldo. Criterio reiterado por dicha sección en sentencia del 15 de noviembre de 2012, exp. 2012-01286-00, con ponencia del mismo magistrado.



123

Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Así entonces, las normas que regulan el régimen excepcional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio deben ser las aplicadas, por encontrarse vigentes y ser las especiales al caso, toda vez, que de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus decisiones “sólo están sometidos al imperio de la ley”.

## 6. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD QUE RIGE EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Valga precisar que, en casos como éste, prima el principio de solidaridad, pilar básico del Estado Social de Derecho, en virtud del cual, quienes obtienen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos, para garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social, reconocido por nuestra Constitución Política, en los siguientes términos:

*“Artículo 1 C.P. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la **solidaridad de las personas que la integran** y en la prevalencia del interés general.*

*Artículo 48. **La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio** que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, **en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad**, en los términos que establezca la Ley...*

*Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

*Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la **prestación de servicios de salud** a los habitantes y de saneamiento ambiental **conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad**...*

*Artículo 95. ...Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. **Obrar conforme al principio de solidaridad social**, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. (Negrilla fuera del texto).*

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha reflejado en su jurisprudencia el papel preponderante del principio de solidaridad, de la siguiente manera:

*‘La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social. La seguridad social es, en la acertada definición del preámbulo de la Ley 100 de 1993, el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la persona ‘y la comunidad’, para que, en cumplimiento de los planes y programas que el Estado y “la sociedad” desarrollen, se pueda proporcionar la ‘cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica’, con el fin de lograr el bienestar individual y ‘la integración de la comunidad’: La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como propósito común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de*



Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01

**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad.

(...)

La Corte determinó que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación. El fin perseguido es garantizar la debida atención de las contingencias a las que están expuestos los afiliados y beneficiarios. Todo ello es consecuencia de considerar que el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino que se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo.

Así, pretende desarrollar el principio de solidaridad, porque en este subsistema se da la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos y las comunidades, bajo la protección del más fuerte hacia el más débil. El objetivo entonces es que se pueda obtener una pensión adecuada que ampare al afiliado en su vejez o invalidez y que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes en caso de muerte puedan alcanzar esa prestación. Pero además el sistema pretende obtener los recursos de financiamiento para aquellos afiliados cuyos recursos son insuficientes, quienes también tienen derecho a las prestaciones propias del sistema. (...)

Este pronunciamiento deriva no sólo de los artículos 1 y 95 de la Carta; la solidaridad también aparece consagrada en el artículo 48 de la Constitución como uno de los principios medulares del servicio público obligatorio de la seguridad social. (...)

La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad. La solidaridad no se encuentra sólo en cabeza del Estado sino que también los particulares tienen una carga al respecto. Además, según la filosofía del sistema, los aportes no tienen que verse necesariamente reflejados en las prestaciones, pues estos aportes tienen finalidades que sobrepasan el interés individual del afiliado y apuntan a la protección del sistema considerado como un conjunto dirigido a proteger a toda la población<sup>7</sup> (subrayado y negrilla fuera del texto).

La Ley 100 de 1993, incluye dentro de los principios que rigen el Sistema en Seguridad Social, el de solidaridad, así:

**“Artículo 2º PRINCIPIOS.** El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

(...).

c. SOLIDARIDAD: Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicaran siempre a los grupos de población más vulnerables.

(...)”

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.



124

Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Por tanto, el principio constitucional de solidaridad impone la obligatoriedad de ayuda entre congéneres y supone la colaboración de la sociedad con aquellas personas que se encuentran en desventaja.

Es indiscutible que algunas personas tienen más posibilidades económicas que otras, además, cabe manifestar que con el descuento reclamado, el actor está contribuyendo a la sostenibilidad, equidad y eficiencia del Sistema, lo que implica que las personas menos favorecidas también puedan recibir un servicio de salud adecuado.

Aunado a lo anterior, es importante aclarar que el régimen pensional, cualquiera que éste sea, se rige por el principio de solidaridad, por ello, no puede colegirse que el otorgamiento de la pensión de jubilación esté exenta de los respectivos aportes al sistema, y por lo tanto, obliga a que los acreedores de esa pensión con un aporte mensual, contribuyan al mantenimiento de un capital base que permita al Estado atender el conjunto de obligaciones que genera el sistema.

Vistas así las cosas, no podría considerarse válidamente que el Decreto Reglamentario 1703 de 2002, excluyó a los beneficiarios de la pensión de jubilación del principio de solidaridad y los eximió de la contribución en salud. Ello carecería de toda razón en la lógica del funcionamiento del Estado Social de Derecho. El artículo 14 de esa norma previó:

*“Artículo 14. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. Para efectos de **evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos**, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán **utilizar simultáneamente** los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.*

***Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos (negrilla fuera de texto). (...)***

## 7. LOS ELEMENTOS PROBATORIOS

Dentro del caudal probatorio, se observan las siguientes pruebas que constituyen piezas importantes en la resolución del asunto:

- Mediante la Resolución No 0380 de 10 de mayo de 2005, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció pensión



*Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa*  
*Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG*  
*Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01*  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

de jubilación al señor Jorge Enrique Godoy Ochoa, en cuantía de \$1.097.816, efectiva a partir del 11 de agosto de 2004 (fls. 19 y 20).

- A través de derecho de petición, el demandante solicitó a la Secretaría de Educación de Sogamoso, la devolución de los descuentos en las mesadas adicionales (fls. 16 a 18).
- Con oficio N° 20150160492001 del 22 de junio de 2015, la directora de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduprevisora respondió negativamente la solicitud efectuada por la parte demandante en el sentido (fl. 15).
- A folio 23, se encuentra comprobante de pago de la mesada pensional del actor correspondiente al mes de noviembre de 2014.

## **8. CASO CONCRETO**

De la documentación aportada al plenario, se advierte que el señor JORGE ENRIQUE GODOY OCHOA laboró desde 06 de marzo de 1973 hasta el 10 de agosto de 2004, fecha está en que adquirió el estatus jurídico de pensionada y momento para el cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que mediante Resolución No. 380 de 10 de mayo de 2005, reconoció y ordenó el pago de su pensión vitalicia de jubilación, por lo que era viable que se practicara el descuento por concepto de salud sobre las mesadas adicionales que devenga, tal como quedó anteriormente señalado (fls. 19 y 20).

Pues si bien, las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales, no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, como lo pretende la parte actora con el recurso de apelación, **la Ley 91 de 1989 especial y posterior sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°,** por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General.

Empero, ello no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general, y obedece a la libre configuración legislativa.



Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
 Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
 Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

De manera que no se encuentran razones para acceder a las pretensiones de la demanda y en consecuencia ordenar la devolución de los descuentos que por concepto de salud el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio ha realizado a las mesadas pensionales adicionales del demandante, toda vez, que dicha entidad se encuentra autorizada para hacerlo por el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, disposición especial que se encuentra vigente y por ende, debe aplicarse.

Finalmente y en lo que tiene que ver con la aplicación de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en asuntos de similares contornos al aquí debatido, ha de precisarse lo siguiente:

El precedente judicial es de dos tipos: **(i)** el horizontal, que incluye las decisiones que dictó el mismo juez u otro de igual jerarquía, y **(ii)** el vertical, que está conformado por las decisiones de los jueces de superior jerarquía, en especial, las decisiones de los órganos de cierre de cada jurisdicción.

Así entonces, no se puede considerar que para el presente caso, los pronunciamientos emitidos por la Sección Segunda subsecciones D, B, C y D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca constituyan precedente en relación al objeto de proceso, pues por el contrario, esta Corporación ha sostenido de manera pacífica y reitera que la devolución de los descuentos que por concepto de salud el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio ha realizado a las mesadas pensionales adicionales de los docentes afiliados, en mesadas adicionales, están autorizados en virtud del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989.

En suma de lo expuesto, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

## 9. COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, se condenará a la parte recurrente, por confirmarse la providencia apelada<sup>8</sup>, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la parte demandada ejerció actuaciones procesales en segunda instancia (fls. 102 a 111). Para tal efecto, la primera instancia efectuará su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, conforme al artículo 366 del CGP.

<sup>8</sup>C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:(...)

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)



Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
**Nulidad y Restablecimiento del derecho**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida en audiencia inicial del 20 de noviembre de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sogamoso, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas a la parte demandante por el trámite de la segunda instancia. Para el efecto el juez de primera instancia **efectuara su liquidación**, conforme al artículo 366 del CGP.

**TERCERO:** Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**

Magistrado

*Ausente Con Permiso*

**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Magistrado

  
**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Demandante: Jorge Enrique Godoy Ochoa  
Demandado: Nación – Ministerio de Educación - FOMAG  
Expediente: 15238-3333-752-2015-00221-01  
Nulidad y restablecimiento del derecho

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**  
**NOTIFICACION POR ESTADO**

El auto anterior se notifica por estado

No. 103 de hoy 27 JUN 2018

  
EL SECRETARIO