



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"

Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

REFERENCIAS:

Radicación: 11001-33-42-053-2018-00007-01
Demandante: CARMEN ROSA AGUILERA DE CARVAJAL
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Correspondió a la Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en uso de sus facultades legales, el conocimiento para emitir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso, tramitado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la **entidad accionada** contra la sentencia dictada en la audiencia inicial conjunta del veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Cincuenta y Tres Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

La señora **Carmen Rosa Aguilera de Carvajal** acudió a la Jurisdicción, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la existencia y nulidad del acto ficto negativo ocasionado en el silencio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio respecto de la solicitud de devolución y suspensión de los descuentos del 12% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a reintegrarle todos los descuentos del 12% realizados con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde el 22 de julio de 2003. Así mismo, deprecó se ordene a la entidad llamada a juicio suspender definitivamente en la práctica tales descuentos.

Por último, suplicó la indexación de los valores que resulten a su favor, el cumplimiento de la sentencia en los términos del art. 192 del CPACA.

Radicación: 1001-33-33-053-2018-00007-01
Demandante: Carmen Rosa Aguilera de Carvajal

1.2. Hechos y omisiones

Los hechos en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas se resumen de la siguiente manera:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante **FOMAG**) reconoció pensión de jubilación docente a la accionante por medio de la Resolución núm. 02493 de 29 de mayo de 2003.
- La Fiduprevisora S.A., como administradora del **FOMAG**, viene efectuando descuentos por concepto de aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre devengadas por la docente.
- Mediante petición de 16 de marzo de 2017, la demandante solicitó al **FOMAG** el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% con destino a salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, sin que la entidad accionada se hubiese pronunciado al respecto.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

Constitucionales: arts. 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3º y 58.

Legales: Ley 4ª de 1966; Decreto 1743 de 1966; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Decreto 806 de 1998, Decreto 1073 de 2002, Ley 43 de 1984, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

Se refirió a la normatividad relacionada con las mesadas adicionales y sus descuentos, para luego concluir que el numeral 5º del art. 8º de la Ley 91 de 1989 debe entenderse derogado tácitamente por la Ley 812 de 2003 en lo que atañe a los descuentos sobre las mesadas adicionales.

En tal sentido, explicó que el descuento realizado por concepto de salud sobre las mesadas adicionales vulnera lo consagrado en el Decreto 1073 de 2002, según el cual, las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar descuentos diferentes a los establecidos en tal norma y no pueden efectuarse descuentos sobre las mesadas adicionales.

Solicitó dar aplicación a lo señalado en el concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997, emanado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el que se estableció que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del 12% con destino al pago de la cotización de los pensionados al Sistema General de Seguridad Social.

1.4. Contestación de la demanda.

El apoderado judicial del **FOMAG** contestó la demanda por fuera del término legal (f. 61).

Radicación: 1001-33-33-053-2018-00007-01
Demandante: Carmen Rosa Aguilera de Carvajal

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en sentencia proferida en audiencia inicial celebrada el veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019), accedió a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (f. 60-65):

Luego de explicar la normatividad aplicable al caso particular, señaló que para resolver la controversia, acogería el criterio expuesto por la Sección Segunda – Subsecciones “B” y “C” de esta Corporación, en sentencias de 18 de febrero de 2016 y 18 de octubre de 2018 respectivamente, en las que se estableció que si bien el numeral 5º del art. 8 de la Ley 91 de 1989 previó el descuento en salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, también lo era que las disposiciones de la Ley 100 de 1993 en materia de descuentos se hicieron extensivas a los afiliados al FOMAG, y esta norma no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo tanto, el numeral 5 de la Ley 91 de 1989 debía entenderse derogado tácitamente desde la fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003, en cuanto a que debía realizarse tal descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.

En virtud del criterio anterior, determinó que la entidad accionada, al practicar descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de la docente, desatendió la normatividad aplicable que prohibió tales descuentos. En virtud de esto, declaró la nulidad del acto acusado y ordenó el reintegro de los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre percibidas por la demandante a partir de 16 de marzo de 2014, por prescripción trienal. De igual manera, dispuso la suspensión de tales descuentos.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la **entidad accionada** interpuso recurso de apelación en los siguientes términos (CD minutos 1:19 -1:25):

Previo recuento normativo que regula los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales, indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, sería el establecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que, si bien es cierto, debe entenderse que tal norma alteró el porcentaje de los descuentos destinados a salud, en nada modificó el régimen pensional de este específico grupo de servidores públicos.

Así las cosas, resaltó que los docentes oficiales se rigen por lo señalado por la Ley 91 de 1989, por lo que los descuentos que se realizan por concepto de salud deben efectuarse sobre todas las mesadas ordinarias y adicionales que devenguen.

IV. ALEGATOS FINALES DE LAS PARTES

Mediante auto de 30 de septiembre de 2019 (f. 79), se concedió a las partes término para presentar sus alegatos de conclusión.

La parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Además, agregó que no existe duda de la equivocada interpretación que ha realizado la entidad accionada sobre la norma aplicable a la situación particular, pues la jurisprudencia ha sido clara en establecer

Radicación: 1001-33-33-053-2018-00007-01
Demandante: Carmen Rosa Aguilera de Carvajal

que el descuento en salud efectuado sobre las mesadas adicionales es ilegal, por lo que solicitó sea confirmada la decisión de primera instancia (f. 83 a 85).

El extremo pasivo del presente asunto se abstuvo de alegar de conclusión.

El agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto en el caso concreto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Conforme lo dispone el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso, y siendo que la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el Juzgado 53 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, esta Sala de Subsección del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para decidir el asunto en segunda instancia.

5.2. Problema jurídico.

El problema jurídico por resolver por esta Sala se contrae a determinar si le asiste derecho a la parte demandante para que la entidad accionada cese en el descuento por concepto de aportes en salud que viene practicando sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación reconocida a la actora en su calidad de docente oficial, o si por el contrario, dicha deducción debe mantenerse por encontrarse conforme a derecho.

5.3. Análisis normativo y jurisprudencial

5.3.1 De los descuentos en salud aplicados a las mesadas adicionales de junio y diciembre

5.3.1.1 Del Sistema de Seguridad Social previsto para el Magisterio.

La expedición de la Ley 100 de 1993 planteó el advenimiento del Sistema Integral de Seguridad Social, a través del cual el Legislador buscó unificar la normatividad del sector, con pretensiones de aplicación general en lo concerniente a los sistemas de pensiones, salud y riesgos laborales¹.

Sin embargo, el artículo 279 de esa obra determinó que los docentes afiliados al **FOMAG** se encontraban exceptuados de su aplicación, razón que explica por qué, aun en vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social, los docentes oficiales conservaron el régimen de prestaciones en seguridad social previsto en la Ley 91 de 1989. El mencionado artículo 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

¹ Al respecto ver: ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Pág. 193, Editorial Legis. Tercera Edición. 2011.

Radicación: 1001-33-33-053-2018-00007-01
Demandante: Carmen Rosa Aguilera de Carvajal

*pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.
(...)"*

Siendo así, se tiene que la vigencia del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 mantiene el régimen exceptuado de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, previsto así para los docentes oficiales, en consideración a la especial labor que desempeñan.

Al respecto, es menester aclarar que la expedición de la Ley 812 de 2003, vino a escindir el régimen pensional de los docentes oficiales. En efecto, el artículo 81 de esa norma estableció que los docentes que se vinculen a partir de su entrada en vigencia (27 de junio de 2003), *"serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres"*.

Esa distinción, fue avalada por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como quedó visto en el parágrafo transitorio 1º del artículo 48 de la Constitución Política:

"PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> 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."

No obstante, dicha escisión del régimen pensional no puede considerarse como una integración del magisterio al Sistema General de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993, pues es claro que la Ley 812 de 2003 solo hizo una remisión a los derechos pensionales del régimen de prima media y al requisito de tiempo de servicios o semanas cotizadas, sin que dichos servidores dejen de ser exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, suceso que es evidente al considerar que no pueden escoger entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual con solidaridad.

A partir de lo anterior se pueden extraer las siguientes conclusiones: *i.* Los docentes oficiales se encuentran exceptuados de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social por disposición expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, excepción que permanece vigente. *ii.* Los docentes vinculados al servicio de educación pública antes del 27 de junio de 2003 ostentan, por excepción y no por transición, el régimen pensional de que trata el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 91 de 1989. *iii.* Los docentes oficiales vinculados a partir de 27 de junio de 2003 ostentan los derechos pensionales del régimen de prima media fundado por la Ley 100 de 1993, con los requisitos allí previstos, con excepción del requisito de edad, que será de 57 años. *iv.* Todos los docentes oficiales cuentan con un régimen de seguridad social en salud y riesgos profesionales que sigue siendo exceptuado, y es coordinado por el FOMAG.

5.3.1.2 Régimen de aportes en salud previstos para los pensionados del Magisterio – Monto de cotización.

En principio, el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, previó que los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aportarían *"5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales"* (Resalta la Sala).

Radicación: 1001-33-33-053-2018-00007-01
Demandante: Carmen Rosa Aguilera de Carvajal

Esa situación jurídica permaneció así hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, normativa cuyo artículo 81 señaló que “[e]l 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”. Dicha previsión solo se refirió al sistema de cotización de los docentes oficiales, y representó la inclusión del magisterio en un modelo de auto-financiamiento prestacional mucho más robusto al previsto en la Ley 91 de 1989, sin perjuicio de la excepcionalidad del régimen de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales que cobija a los docentes.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dejado clara la diferencia entre el régimen prestacional docente, es decir, el de los beneficios que corresponden a este y el sistema de cotización adoptado por la Ley 812 de 2003, al afirmar que “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 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”².

De otro lado, en lo concerniente al sistema de cotización en salud del Sistema General de Seguridad Social, debe decirse que el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 establecía que la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud sería “máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo”, porcentaje que al tenor del artículo 143 ibidem, se encuentra en su totalidad a cargo de los pensionados.

La tasa de cotización en el Sistema de Seguridad Social en Salud para los pensionados varió brevemente con la expedición de la Ley 1122 de 2007, que modificó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 e impuso una cotización igual al 12.5% del ingreso o salario base de cotización; sin embargo, la Ley 1250 de 2008 adicionó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, para establecer que “[l]a cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional”.

A partir de la normativa anterior, se tiene que la cotización en salud prevista por la Ley 100 de 1993 a cargo de los pensionados, con excepción del año 2007 (donde varió 0.5%), siempre ha estado fijada en porcentaje igual al 12% de la base de cotización, monto de aportes que resulta aplicable a todos los afiliados y pensionados del FOMAG, a partir de 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Luego, de acuerdo con el problema jurídico que ocupa el particular, conviene ahora estudiar la procedencia de descuentos por concepto de aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre que perciben los afiliados al FOMAG.

5.3.1.3 Base de liquidación de aportes en salud – Mesadas adicionales

Rememórese que la mesada adicional de junio fue prevista por el artículo 15, numeral 2º, literal B de la Ley 91 de 1989, para todos los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1981, y para todos los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990.

² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-369 de 27 de abril de 2004.

Radicación: 1001-33-33-053-2018-00007-01
Demandante: Carmen Rosa Aguilera de Carvajal

Empero, de conformidad con el parágrafo 4º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, todos los docentes pensionados por el **FOMAG** se hicieron beneficiarios de la mesada adicional de junio prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, por lo cual es dable concluir que si bien es cierto los pensionados de dicho fondo gozan de un régimen especial, también son destinatarios de la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sin que ello afecte la excepcionalidad del régimen que los cobija.

Por otra parte, la mesada adicional de diciembre fue prevista por el artículo 5 de la Ley 4ª de 1976, y fue extendida a los docentes pensionados por cuenta del artículo 11 de la Ley 71 de 1988, que señaló:

"Artículo 11. Esta Ley y las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4º. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de previsión social del sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez."

Establecido el origen normativo de las mesadas adicionales de junio y diciembre, la Sala encuentra que la cuantía efectiva de la cotización de los docentes pensionados por el **FOMAG**, resulta de calcular el 12% de la base de cotización.

Dicha base de cotización, alude a la "respectiva mesada pensional" [artículo 204 de la Ley 100 de 1993], sin embargo, la Ley no estableció en concreto, si la base de liquidación de los aportes en salud acrece en los meses en que el pensionado devenga mesadas adicionales, o si esas mesadas están excluidas de descuentos para aportes en salud.

Para definir tal cuestión, el Tribunal recuerda que el sistema de cotización integrado en la Ley 100 de 1993, se estructura a partir de un porcentaje fijo de aportes, cuya cuantía efectiva es calculada sobre un ingreso base de cotización que puede ser constante o variable, según las condiciones particulares de cada afiliado.

Siendo así, es evidente que el único límite impuesto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 se refiere al porcentaje que constituye el monto de los aportes, que no puede superar el 12% de la base de cotización. Esa base de liquidación, a su vez, tiene señalada una cuantía mínima: no puede ser menor al 12% de 1 s.m.l.m.v. [art. 204 Ley 100 de 1993].

Luego, de lo anterior se obtiene que el sistema de cotización previó que los cotizantes al sistema en salud tienen ingresos variables, y que en ese sentido, el Legislador quiso que la base de liquidación de las cotizaciones estuviera conformada por el valor total de las asignaciones recibidas de manera mensual. De lo anterior, da cuenta la remisión de que trata el parágrafo 1º del artículo 204 *ejusdem*, cuando iguala la base de cotización en salud de los trabajadores dependientes, a la base de cotización en el sistema general de pensiones, que está diseñada con la misma lógica, esto es, adoptando un esquema de cotización proporcional al ingreso mensual percibido. Esa prescripción fue ratificada por el artículo 84 del Decreto 806 de 1998, al establecer que "el salario base de cotización en materia de salud será el mismo definido para pensiones".

Aunado al argumento sistémico que precede, debe advertirse que este análisis normativo no pretende soslayar los pronunciamientos judiciales y conceptos que han indicado que las mesadas adicionales se encuentran exentas de cualquier tipo de descuento por concepto de aportes en salud en virtud de lo normado por el Decreto 1073 de 2002 y la Ley 43 de 1984; sin embargo, se considera que dichas normas no tienen el alcance o la virtualidad de

Radicación: 1001-33-33-053-2018-00007-01
 Demandante: Carmen Rosa Aguilera de Carvajal

exonerar a las mesadas adicionales, como es el caso de las percibidas en los meses de junio y diciembre de las mencionadas deducciones.

Para ilustrar tal premisa, es pertinente traer en cita el contenido del Decreto 1073 de 2002, así:

"DECRETO 1073 DE 2002
 (Mayo 24)

Por el cual se reglamenta las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media

(...)

Artículo 1°. 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. 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.

(...)

Artículo 3°. Monto. En cuanto al monto del descuento se aplicarán las normas que para el efecto se aplican a los salarios.

Los descuentos realizados sobre el valor neto de la mesada pensional, esto es, descontando el aporte para salud y a las Cajas de Compensación Familiar, incluyendo los permitidos por la ley laboral, podrán efectuarse a condición de que el beneficiario reciba efectivamente no menos del cincuenta por ciento (50%) de la mesada pensional. (...) (Resalta la Sala)

Del tenor literal de la norma transcrita, se tiene que esta se refiere a los descuentos por concepto de créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, fondos de empleados y de las cooperativas y no a los aportes en salud, asunto que se hace más que evidente en el artículo 3 transcrito, cuando establece que los descuentos allí previstos deberán practicarse "sobre el valor neto de la mesada pensional, esto es, descontando el aporte para salud".

Similar razonamiento puede efectuarse respecto del artículo 5 de la Ley 43 de 1984, cuyo texto es el siguiente:

"LEY 43 DE 1984
 (Diciembre 12)

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.

El Congreso de Colombia,
 DECRETA:

Artículo 1°. Las organizaciones gremiales de pensionados por jubilación, invalidez, vejez, retiro por vejez y similares, inclusive las por sustitución de las mismas, constituidas en virtud de lo preceptuado en el artículo 44 de la Constitución Nacional, se clasifican así:

- a. Son de primer grado las integradas por personas naturales.
- b. Son de segundo grado las entidades jurídicas o Federaciones formadas por asociaciones de primer grado, y
- c. Son de tercer grado o Confederaciones las constituidas por Federaciones o entidades de segundo grado y por asociaciones de primer grado.

Las Confederaciones, Federaciones y Asociaciones de primer grado deben ser personas jurídicas gremiales legalmente reconocidas por el Gobierno.

(...)

Radicación: 1001-33-33-053-2018-00007-01
Demandante: Carmen Rosa Aguilera de Carvajal

Artículo 5º.- A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional. (...)"

Es palmario entonces, que la Ley 43 de 1984 rige solamente lo relacionado con asociaciones de pensionados, de lo que se infiere que la exención prevista en el artículo 5 *ibídem* respecto de la cotización en salud sobre la mesada adicional de diciembre solo prohíbe los descuentos con destino a dichas agremiaciones.

Finalmente, debe manifestar la Sala que la obligación legal de efectuar descuentos por concepto de aportes en salud sobre las mesadas adicionales es tan clara, que en la legislatura de 2016 (21 de julio de 2016), fue radicado en el Senado de la República el Proyecto de Ley núm. 18 de 2016 "[p]or la cual se modifica la cotización en salud de los docentes", proyecto legislativo que pretendió excluir a las mesadas adicionales de la base de cotización en salud de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, veamos:

"(...) Artículo 2º. No podrá descontársele [Sic] a los docentes pensionados de sus mesadas adicionales de junio y diciembre la cuota del 12% de que trata el inciso 2º del artículo 204 de la Ley 100 de 1993; tampoco se hará descuento alguno sobre dichas mesadas adicionales."

Luego, como es natural, si un proyecto legislativo pretende excluir a las mesadas adicionales de la base de cotización para aportes en salud, no es por otra razón de origen distinta a la actual y palmaria afectación legal que pesa sobre dichas asignaciones como integrantes del ingreso mensual total de los pensionados.

Por lo expuesto, la Sala no puede concluir cosa distinta a la obligatoriedad legal de practicar los descuentos por concepto de aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de los pensionados del **FOMAG**, de conformidad con el sistema de cotización imperante, la ausencia de normas que lo prohíban, y el régimen que les es aplicable.

5.4 Caso concreto

Descendiendo al *sub exámine*, la Sala encuentra probado que el **FOMAG** reconoció la pensión de jubilación docente a la señora **Carmen Rosa Aguilera de Carvajal** por medio de la **Resolución No. 02493 de 29 de mayo de 2003**.

Argumentó la apoderada recurrente que los docentes oficiales se rigen por lo señalado por la Ley 91 de 1989, por lo que los descuentos que se realizan por concepto de salud se deben efectuar sobre todas las mesadas ordinarias y adicionales que devenguen.

Así las cosas, de conformidad con el análisis de derecho efectuado en precedencia, la Sala observa que la cotización de la señora **Carmen Rosa Aguilera de Carvajal** al sistema exceptuado de salud del Magisterio atiende un porcentaje igual al 12% del ingreso base de cotización en razón a la integración al Sistema General de Salud previsto en la Ley 100 de 1993, y por ende a las reglas que prevé el artículo 204 *ibídem* y el Decreto 806 de 1998; en consecuencia, la cuantía real de sus aportes debe ser calculada con la totalidad de sus ingresos mensuales, incluyendo las mesadas adicionales que percibe.

Por ende, no le asiste razón jurídica para que el **FOMAG** se abstenga de efectuar descuentos sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre, motivo por el cual, el acto administrativo demandado, al negar la solicitud presentada con ese objeto, se encuentra conforme a derecho.

Radicación: 1001-33-33-053-2018-00007-01
Demandante: Carmen Rosa Aguilera de Carvajal

1001-33-33-053-2018-00007-01

Como corolario de todo lo anterior y en la medida en que la Juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, es decir que ordenó el cese y la devolución de los descuentos que por concepto de salud se realizan sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la accionante, fuerza entonces revocar la sentencia objeto del recurso de apelación que convoca el presente pronunciamiento y en consecuencia denegar las pretensiones del escrito introductorio.

5.5 Costas Segunda Instancia

Para finalizar, y de acuerdo con el contenido del artículo 188 del C.P.A.C.A., y el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P., la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia en razón a que no se encuentran probadas.

5.6 Decisión.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia proferida el veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Cincuenta y Tres (53) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora **Carmen Rosa Aguilera de Carvajal** contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, para en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas, en la instancia.

TERCERO.- En firme esta sentencia, por la Secretaría de la Subsección devuélvase el proceso al Juzgado de origen, previas las anotaciones y constancias que correspondan.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

[Handwritten signature]
LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado

[Handwritten signature]
PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada

[Handwritten signature]
BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada



República de Colombia
Rama Judicial del Poder público
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda - Subsección

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

El auto anterior se notifica a las partes por Estado
Nº. 5 28 JUL 2020
Oficial Mayor *[Handwritten signature]*