

PROCEDENCIA DE DESCUENTOS A SALUD DE LAS MESADAS PENSIONALES DE LOS DOCENTES - Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes / REVISIÓN DE TESIS QUE LIMITAN LOS DESCUENTOS A SALUD DE LAS MESADAS PENSIONALES ADICIONALES - Excepción del artículo 5 de la ley 43 de 1984. Alcance del artículo 1 del decreto 1073 de 2002. Condición de afiliados al FOMAG de los docentes pensionados. Descuentos de las mesadas adicionales no equivalen al 24%. Interpretación gramatical del artículo 204 de la ley 100 de 1993 / EFECTOS EN EL TIEMPO DEL PRECEDENTE – se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada

“«No debe ordenarse la suspensión de los descuentos de los aportes con destino a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre [...], como quiera que aquellos son procedentes en el porcentaje del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 o el señalado por las normas que lo modifiquen o adicionen, de conformidad con lo regulado por el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003. [...] en aplicación de la regla jurisprudencial fijada, según la cual son procedentes los descuentos por concepto de aportes a salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre que reciben los docentes pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo señalado por el artículo 8, inciso 5, de la Ley 91 de 1989. [...] por virtud del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el valor del aporte que efectúan los docentes pensionados fue equiparado al previsto para el régimen general en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, esto es, en el 12% o en el porcentaje que señalen las normas que lo modifiquen o adicionen. [...] según lo considerado por la sentencia C-369 de 2004 de la Corte Constitucional, el hecho de que el legislador no hubiera previsto un ajuste semejante al autorizado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para compensar el aumento de la cotización en salud, no vulnera el derecho a la igualdad del personal afiliado al FOMAG. En efecto, la Corte sostuvo que, por una parte, al alcanzar el estatus cesa la obligación de cotizar a pensión, lo cual coadyuva de cierta manera el aumento de la cotización en salud. Por otra parte, enfatizó que la cotización en salud no puede ser considerada autónoma e independiente del régimen especial que le asiste, sino que está ligada al conjunto de servicios que presta el FOMAG, regulado por la Ley 91 de 1989, el cual presenta diferencias favorables respecto del régimen general, por lo tanto, la ley no tenía que prever un ajuste idéntico al señalado por la Ley 100 de 1993. Otro razonamiento que se expone en el recurso de apelación es el relacionado con la aplicación de los artículos 5 de la Ley 43 de 1984 y 1 del Decreto 1073 de 2002, [...] En lo relativo a la primera de las normas invocadas, es importante precisar que no tiene como destinatarios a los docentes pensionados. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, que prevé la obligación para los pensionados afiliados al FOMAG de hacer aportes de las mesadas adicionales, es posterior a la Ley 43 de 1984, por lo tanto, esta última no podría ser aplicable. Respecto de la segunda de las disposiciones invocadas, esto es, el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, antes se precisó que esta regula los descuentos de las mesadas adicionales destinados al pago 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, mas no están referidos a los aportes a salud. En ese orden, tampoco sirve de sustento jurídico para acceder a la solicitud del pensionado. [...] la parte

demandante afirmó que, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual. Este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad, si se tiene en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe».

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18)CE-SUJ-024-21

Actor: JOSÉ JULIÁN GUEVARA PARRA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Referencia: SENTENCIA DE UNIFICACIÓN. PROCEDENCIA DE LOS DESCUENTOS DE APORTES A SALUD DE LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE QUE RECIBEN LOS DOCENTES PENSIONADOS AFILIADOS AL FOMAG.

ASUNTO

1. La Sección Segunda del Consejo de Estado, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, como tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹, con fundamento en los artículos 270 y 271 del CPACA y el artículo 13A numeral 2 del Reglamento del Consejo de Estado, profiere sentencia de unificación jurisprudencial en la que decide el recurso de apelación remitido por el Tribunal Administrativo de Risaralda². Tal recurso fue interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 1.º de junio de 2017 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pereira, en la cual denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

2. El señor José Julián Guevara Parra, a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

¹ Numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política.

² Mediante auto del 07 de diciembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Primera de Decisión, ordenó la remisión del expediente a la Sección Segunda del Consejo de Estado para que profiriera sentencia con fines de unificar la posición sobre la materia.

Administrativo, demandó³ a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Pretensiones

a. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución 576 del 20 de junio de 2011, por medio de la cual la Secretaría de Educación del municipio de Pereira reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación al señor José Julián Guevara Parra, en cuanto ordenó efectuar los descuentos de los aportes para salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.
- Oficio 3756 del 11 de febrero de 2015, por medio del cual la Secretaría de Educación del municipio de Pereira le negó la suspensión de los descuentos de los aportes a salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, así como la devolución de los ya efectuados.
- Oficio 10199 del 19 de marzo de 2015, por el cual la misma entidad confirmó la decisión anterior al resolver el recurso de reposición formulado por el peticionario.

b. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suspender los descuentos por concepto de aportes a salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre que se le han venido efectuando desde el año 2011 y que se ordene a la demandada devolver los valores que le fueron descontados por el mismo concepto, sumas debidamente indexadas, así como el pago de los intereses moratorios. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y que se condene en costas a la demandada.

Fundamentos fácticos

- a. Por medio de la Resolución 576 del 20 de junio de 2011, expedida por la Secretaría de Educación municipal de Pereira, se reconoció una pensión de jubilación al docente nacionalizado José Julián Guevara Parra, a partir del 17 de febrero de 2011.
- b. El mencionado acto administrativo dispuso que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio descontaría el 12% de cada mesada pensional para la prestación del servicio médico asistencial, en virtud de la Ley 1250 de 2008.
- c. El 26 de enero de 2015, el demandante solicitó la suspensión de los descuentos de los aportes con destino al servicio de salud y la devolución de aquellos que ya le fueron efectuados de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre por los años 2011, 2012 y 2013.
- d. Por medio de los Oficios 3756 del 11 de febrero de 2015 y 10199 del 19 de marzo del mismo año, la Secretaría de Educación municipal de Pereira negó el reintegro de los aportes descontados, así como la suspensión de dichas deducciones. Para el efecto, la entidad manifestó que, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1250

³ Ff. 21 a 32.

de 2008, la cotización mensual al régimen contributivo en salud de los jubilados es del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, incluidas las adicionales.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

3. La parte demandante citó como normas vulneradas las siguientes: artículos 4 y 8 de la Ley 91 de 1989; 204 y 279 de la Ley 100 de 1993; 1, 4 y 5 del Decreto 3752 de 2003 y 1 del Decreto 3073 de 2002.

4. Como concepto de violación, el demandante indicó que, a pesar de que el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 definió que el aporte con destino a salud que debían efectuar los docentes pensionados es del 5% de la respectiva mesada, a partir de la expedición de la Ley 812 de 2003, la entidad viene realizando descuentos del 12% y del 12.5%. Esta situación, en su criterio, es ilegal y desconoce la obligación que la Constitución Política le impone al Estado de proteger los derechos de las personas, entre ellos, los relacionados con el pago oportuno de sus prestaciones sociales.

5. Seguidamente, resaltó que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1.º de enero de 1981, se encuentran en la misma situación a la de los pensionados a quienes se les aplica la Ley 100 de 1993. Lo anterior, por cuanto mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año, según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los segundos reciben la mesada adicional prevista por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, esta prestación no cubre a los docentes vinculados antes del 1 de enero de 1981, quienes no cuentan con este beneficio para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la pensión.

6. El peticionario sostuvo que no se opone al porcentaje en el que se le realizan los descuentos, sino únicamente, al hecho de que se efectúen respecto de las mesadas adicionales. Para sustentar su interpretación, puso de presente que, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 91 de 1989, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen el deber de contribuir a su sostenimiento. Empero, quienes se pensionan ya no tienen esta calidad, dado que la relación legal y reglamentaria en virtud de la cual ejercían la función docente ha terminado. En esas condiciones, los aportes que debe efectuar al Fondo son únicamente los que corresponden al numeral 4 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

7. Más adelante, sostuvo que el sustento legal para afirmar que no son procedentes los descuentos a salud de las mesadas adicionales está contenido en el artículo 5 de la Ley 43 de 1984, el parágrafo del artículo 1.º del Decreto 1073 de 2002 y en el artículo 9 del Decreto 3752 de 2003.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

8. El **Ministerio de Educación Nacional**⁴ contestó la demanda para oponerse a las pretensiones.

Como excepción previa, propuso la «vinculación de litisconsortes necesarios». En criterio de la demandada, se debe vincular en calidad de litisconsorte necesario al departamento de Risaralda y en su defecto, en condición de tercero interesado en el proceso. En este sentido, explicó que, de acuerdo con la Ley 715 de 2001, la

⁴ Ff. 65 a 73.

administración del servicio educativo es descentralizada y recae sobre cada uno de los entes territoriales. Por su parte, la Ley 91 de 1989 dejó a su cargo las prestaciones del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, fecha de nacionalización de la educación.

9. De igual manera, interpuso las siguientes excepciones:

- a. «Falta de legitimación en la causa por pasiva». Indicó que no ostenta la potestad nominadora ni administra el personal docente de los planteles educativos de los órdenes departamental, distrital y municipal, por lo tanto, no expide los actos de reconocimiento de las prestaciones sociales de dicho personal. Sostuvo que estas competencias fueron trasladadas a las secretarías de los entes territoriales certificadas, en uso de las facultades otorgadas por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005. Agregó que el pago de las prestaciones sociales de los docentes de las entidades territoriales le corresponde a la Fiduciaria La Previsora S. A., al tiempo que la facultad nominadora del mismo personal está en cabeza de cada uno de los entes territoriales, según lo disponen las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.
- b. «Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica». Expuso que los actos demandados se ajustan a las normas que regulan la materia y que los descuentos que se realizan sobre cada mesada pensional se sustentan en lo señalado por el artículo 1.º de la Ley 1250 de 2008 y en el artículo 8, inciso 6, de la Ley 91 de 1989, de ahí que no le asiste la razón para reclamar la devolución de los aportes que legalmente está obligado a realizar.
- c. «Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho». En este apartado, argumentó que el demandante radicó el escrito inicial cuando ya habían transcurrido más de 4 meses «desde la producción del acto administrativo».
- d. «Prescripción». Solicitó que se declare la prescripción de los derechos económicos reclamados que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación hasta que se presentó la demanda, según lo regulado por los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 41 del Decreto 3135 de 1968.
- e. «Buena fe». Pidió que, en caso de que se declare que existe una obligación que debe pagar el Ministerio de Educación Nacional, se tenga en cuenta que siempre ha actuado de buena fe, tal y como se puede advertir en el cumplimiento del trámite previsto por la ley y en los pagos efectuados al reclamante.
- f. «Genérica». Solicitó que se declaren probadas de oficio las excepciones que se encuentren demostradas en el curso del proceso.

10. El **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**⁵ se opuso a las pretensiones de la demanda. Argumentó que, suspender los descuentos a salud de las mesadas adicionales, implicaría desconocer la normativa vigente.

⁵ Ff. 78 a 85.

11. Igualmente, propuso como excepción previa la de «vinculación de litisconsortes necesarios» la cual sustentó en los mismos argumentos presentados por el Ministerio de Educación Nacional.

12. Del mismo modo, formuló las excepciones de «inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica», «caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho», «prescripción», «buena fe» y «genérica» las cuales apoyó en idénticos razonamientos a los expuestos por el Ministerio de Educación Nacional.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

13. En el juicio por audiencias regulado en la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba⁶. En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

14. Con fundamento en lo anterior, se realiza el resumen de la audiencia inicial, así:

Decisión sobre las excepciones (art. 180-6 CPACA)⁷

15. Respecto de las excepciones previas se indicó⁸:

«[...] El Despacho considera que no se hace necesaria la vinculación a la *litis* de la entidad territorial, atendiendo que la expedición del acto administrativo se da en virtud a las facultades consagradas en la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 y el Decreto 2831 de 2005, esto es, en nombre y representación del Ministerio de Educación, quién es el llamado a responder por la reliquidación pensional pretendida⁹, en consecuencia y advirtiendo que la figura del litisconsorcio necesario se consagró como un mecanismo para integrar al proceso a personas sobre las cuales se deba resolver de manera uniforme relaciones jurídicas y no sea posible proferir decisión de mérito sin su comparecencia, el Despacho declarará como no probada la excepción propuesta.

De otro lado, el Ministerio de Educación propuso la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, [...] El despacho precisa, que la legitimación por pasiva es la capacidad que tiene la persona demandada para comparecer a juicio, de este modo La Nación Ministerio de Educación, es la entidad que reconoce las prestaciones que se paguen a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales, tal como lo establece la Ley 91 de 1989.

Ahora, en lo referente a la función de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, se limita a recibir las solicitudes de los docentes y proyectar el acto administrativo para remitirlo a la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para impartir su aprobación y la manera precisa de las razones de

⁶ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁷ «Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.» Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

⁸ Ff. 109 vto. y 110 y CD visible en el folio 113.

⁹ Se precisa que así se indicó en la audiencia inicial.

su decisión, de conformidad con el Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005 artículo 3.

De este modo, la entidad territorial no representa al Fondo de Prestaciones del Magisterio, y para el caso concreto, no tiene la Facultad de expedir actos administrativos en los cuales exponga su voluntad frente a los docentes, limitándose su competencia a proyectar decisiones que deberán avalarse previamente por la entidad fiduciaria.

Por lo expuesto, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Educación no está llamada a prosperar.
[...]

16. Contra dicha decisión no se interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)¹⁰

17. Frente al punto se precisó¹¹:

«[...] Con fundamento en lo anterior se fija el litigio, el cual se centra en establecer si se encuentran viciados de nulidad la resolución 576 del 20 de junio de 2011 y los oficios 3756 del 11 de febrero de 2015 y el 10199 del 19 de marzo siguiente y si es procedente de conformidad con el régimen de Seguridad Social los descuentos por concepto de salud sobre mesadas adicionales de la pensión de jubilación del actor.»

18. Se notificó en estrados, sin que las partes manifestaran objeción alguna.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹²

19. El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pereira profirió sentencia en la audiencia llevada a cabo el 1.º de junio de 2017, por medio de la cual denegó las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante. En síntesis, el juez de primera instancia expuso que, de acuerdo con lo señalado por los artículos 8 de la Ley 91 de 1989, 204 de la Ley 100 de 1993, 10 de la Ley 1122 de 2007, 1 de la Ley 1250 de 2008 y 1 del Decreto 2341 de 2003, en las pensiones de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el descuento para cotización de salud pasó del 12.5% al 12%, a partir de la vigencia de la Ley 1250 de 2008, según lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-430 de 2009. Tal aporte se mantiene hasta el momento.

20. Más adelante, citó apartes de la sentencia C-711 de 2001, para sostener que los descuentos que se efectúan a los pensionados del FOMAG¹³ por concepto de salud se encuentran acordes al ordenamiento jurídico y al precedente jurisprudencial. Adicionalmente, señaló que no encontró un fundamento normativo que le permitiera concluir que aquellos son improcedentes respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre. En este sentido, advirtió que es desatinado el razonamiento según el cual el hecho de estar pensionado implica la desafiliación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues el servicio de

¹⁰ «La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.» Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

¹¹ Ff. 110 y CD visible en el folio 113.

¹² Ff. 111 a 112 vto. y CD visible en el folio 113.

¹³ Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

salud continúa a cargo del régimen especial docente y la prestación económica es cancelada por el mismo Fondo.

EL RECURSO DE APELACIÓN¹⁴

21. La parte **demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, con el propósito de que se revoque y en su lugar, se acceda a las pretensiones. El pensionado manifestó que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del 12% con destino a salud. Lo anterior, por cuanto, por una parte, existen normas expresas que así lo disponen (artículos 5 de la Ley 43 de 1984 y 1 del Decreto 1073 de 2002), y por otra, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual. En su criterio, las mesadas adicionales deben ser canceladas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, comoquiera que este se previó para compensar el aumento de la cotización en salud, el cual el pensionado no está obligado a pagar.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

22. Las partes no presentaron alegatos de conclusión, según se verifica con el informe secretarial que obra en el folio 127 del expediente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

23. No emitió concepto¹⁵.

SOLICITUD DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

24. Mediante auto del 07 de diciembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Primera de Decisión, de oficio, ordenó remitir el expediente al Consejo de Estado, para que asumiera el conocimiento de este caso por trascendencia económica y social.

25. Según el Tribunal, la trascendencia económica y social del asunto se encuentra sustentada en la calidad de las personas a quienes se aplica el descuento de las mesadas adicionales. Ciertamente, se trata de pensionados que superan los 57 y 62 años, que en muchos casos están dentro del grupo considerado como de la tercera edad. Agregó que el impacto económico radica en que la deducción que se realiza es mayor al 24% del que regula la norma sobre cotización mensual a salud.

26. Seguidamente, manifestó que existen varios criterios en la jurisprudencia con ocasión del descuento efectuado para el servicio de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. Al respecto, resaltó las siguientes tesis:

A. Procede el descuento efectuado para el servicio de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre: Este criterio se sustenta en que, dado que el régimen que se aplica a los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene definido un descuento en la Ley 91 de 1989, se entiende que aquel es aplicable a cada una de las mesadas que reciba el pensionado, incluso las adicionales. Igualmente, aclaró que la prohibición de descuentos de los valores adicionales recibidos en junio y

¹⁴ Ff. 114 a 118.

¹⁵ Según se constata en folio 127.

diciembre, contenida en el Decreto 1073 de 2002, no es aplicable al personal afiliado al FOMAG¹⁶.

B. No procede el descuento efectuado para el servicio de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. Esta posición se funda, por una parte, en que existe norma expresa que así lo dispone, esto es, la Ley 43 de 1984, y, por otra, interpreta que, si la deducción se hace por las dos mesadas adicionales, equivaldría a un aporte del 24% en junio y diciembre, cuando lo ordenado por la Ley 100 de 1993 es 12%, aplicable al magisterio por disposición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

CONSIDERACIONES

Competencia

27. De conformidad con el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011¹⁷, el Consejo de Estado podrá asumir el conocimiento de los asuntos pendientes de fallo que ameriten la expedición de una sentencia por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; lo cual puede hacer de oficio, a solicitud de parte, por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

28. Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para proferir sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en atención a lo previsto en los artículos 13¹⁸ y 14¹⁹ del reglamento interno de esta Corporación (Acuerdo 080 de 2019).

¹⁶ Citó: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 16 de diciembre de 2015, radicación: 11001-03-15-000-2015-02164-00, demandante: Faisa Castaño de Gallego.

¹⁷ Artículo modificado por el artículo 79 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente: «Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación que ameriten la expedición de una sentencia o auto de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo o de decisión interlocutoria. Dicho conocimiento podrá asumirse de oficio; por remisión de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, o de los tribunales; a solicitud de parte, o por solicitud de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del Ministerio Público. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia.

[...] Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias y autos de unificación en esos mismos eventos, en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación, de los despachos de los magistrados que las integran, o de los tribunales, según el caso. Las decisiones que pretendan unificar o sentar jurisprudencia sobre aspectos procesales que sean transversales a todas las secciones del Consejo de Estado, solo podrán ser proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo [...]

¹⁸ «ARTÍCULO 13.- DISTRIBUCIÓN DE LOS PROCESOS ENTRE LAS SECCIONES. Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:[...]

Sección Segunda

[...] 2. Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo. [...]

¹⁹ «ARTÍCULO 14.- OTROS ASUNTOS ASIGNADOS A LAS SECCIONES SEGÚN SU ESPECIALIDAD. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para: [...] 2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. [...]

29. En este caso, el proceso fue avocado para su conocimiento por la Sala de Sección por medio de auto del 18 de marzo de 2021, al considerar que, en el presente asunto, se daban los supuestos y los requisitos de orden legal y reglamentario para que la Sección Segunda del Consejo de Estado proferiera una sentencia de unificación. Lo anterior, en atención a que existen al menos tres tesis que se han expuesto en diferentes pronunciamientos judiciales sobre el mismo punto, a saber:

30. Son procedentes los descuentos de las mesadas pensionales adicionales de junio y de diciembre que reciben los docentes. Este criterio se funda en que no existe norma expresa aplicable a este grupo de la población que lo prohíba. En efecto, en ella se afirma que la prohibición de realizar descuentos en las mesadas adicionales de pensiones de que trata el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002 solo se refiere a las deudas a favor de organizaciones gremiales, fondos de empleados o de cooperativas, mas no a las cotizaciones obligatorias en salud.

31. Solamente proceden los descuentos frente a la mesada adicional de junio y no respecto de la correspondiente al mes de diciembre. Esta posición encuentra sustento en lo considerado por la sentencia del 3 de febrero de 2005²⁰ que anuló el aparte contenido en el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, referido a la mesada adicional de junio, prevista por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

32. No son procedentes los descuentos de las mesadas pensionales adicionales de los docentes. Esta se basa en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, el 16 de diciembre de 1997, radicación: 1064, que estimó que existe norma expresa que así lo dispone, esto es, la Ley 43 de 1984. Además, aseguró que, si la deducción se hace por las dos mesadas adicionales, equivaldría a un aporte del 24% en junio y diciembre, cuando lo ordenado por la Ley 100 de 1993 es 12% mensual.

33. A lo anterior se agrega la hipótesis planteada por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto del 11 de marzo de 2010, radicación: 1988, que expone que la procedencia de los descuentos de las mesadas adicionales depende del régimen pensional aplicable al docente. De esta manera, los vinculados antes de la Ley 812 de 2003 deben efectuar cotizaciones en porcentaje del 5% incluyendo las mesadas adicionales. Por otra parte, los vinculados después de la Ley 812 de 2003 deben hacer aportes del 12% y no se les deben hacer descuentos de las mesadas adicionales, con base en una interpretación gramatical del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, según el cual el aporte para salud solamente es procedente respecto de las mesadas ordinarias.

34. Con el propósito de analizar lo atinente a la procedencia de los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el marco normativo de los descuentos a salud de las mesadas pensionales de los docentes, en el siguiente orden.

1. Los descuentos a salud de las mesadas pensionales de los docentes pensionados

²⁰ Radicación: 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02).

35. El antecedente normativo de las cotizaciones al sistema de salud se puede ubicar en la Ley 4 del 23 de abril de 1966²¹, la cual, en el artículo 2, dispuso que los pensionados deberían contribuir a la Caja Nacional de Previsión Social un 5% de su mesada pensional, norma reglamentada por el artículo 2²² del Decreto 1743 del 9 de julio del mismo año²³. Dicho porcentaje se mantuvo en el artículo 37 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968²⁴, que adicionalmente señaló que la finalidad del aporte sería que «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»²⁵. Este aporte obligatorio se reiteró en el artículo 90, numeral 3²⁶, del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 y la prestación de los servicios asistenciales, en el artículo 7²⁷ de la Ley 4 de 21 de enero de 1976.

36. Posteriormente, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con el objetivo de que efectuara el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y garantizara la prestación de los servicios médico-asistenciales. Para tal fin, en el artículo 8 se precisó que dentro de los recursos que lo constituirían estarían los provenientes del 5% de cada mesada pensional pagada por el Fondo «incluidas las mesadas adicionales».

37. Adicionalmente, en los antecedentes de la Ley 91 de 1989, se precisó que tal medida tenía el propósito de permitir el pago de la mesada de pensional de medio año en favor de los docentes vinculados a partir de enero de 1981 y «es nueva frente a la de fin de año, que está exenta de cotización en Cajanal, en el Instituto de Seguros Sociales y en las Cajas o Entidades Territoriales [...]»²⁸. De esta manera queda expuesta la finalidad de los aludidos descuentos de las mesadas adicionales.

1.1 Los aportes a salud a partir de la Ley 812 de 2003

38. Más adelante, con el propósito de contribuir a la solidaridad y a la sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social en salud, el proyecto de ley 169 en Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006»²⁹, propuso la eliminación de los regímenes especiales, pues

²¹ «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.»

²² «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.»

²³ «Por el cual se reglamenta la Ley 4.^a de 1966.»

²⁴ «Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.»

²⁵ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-229 de 1998 «en el entendido de que esta norma no excluye el deber de realizar los aportes de solidaridad previstos por el sistema general de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993.»

²⁶ «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.»

²⁷ «Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, [...], tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, [...] 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.»

²⁸ Gaceta del Congreso, año XXXII N.º 103 de 17 de octubre de 1989. Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 49 de 1989, Senado «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio». Páginas 4 y 5.

²⁹ Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.º 54, 10 de febrero de 2003, Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 169, Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 107.

la existencia de estas condiciones particulares fue catalogada como uno de los factores que llevaron a los desequilibrios fiscales acumulados en la década del noventa³⁰.

39. Esta medida se implementó como consecuencia de la política social asumida por el Gobierno y con el fin de generar mayor equidad en varios frentes, para lo cual se destacó que «se pretende, en particular, cerrar la brecha no solo entre ricos y pobres, sino también entre la ciudad y el campo, entre hombres y mujeres, entre regiones, generaciones y grupos étnicos»³¹.

40. Fue así como a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 del 26 de junio de 2003³², se introdujo un cambio sustancial en el régimen prestacional de los docentes afiliados al FOMAG³³. En efecto, el artículo 81 previó que quienes se vincularan a partir de ese momento, estarían cobijados por el régimen de prima media de que tratan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos por aquel, con excepción de lo relacionado con la edad de pensión que será de 57 años, tanto para hombres como para mujeres. Así lo reguló la norma:

«ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, 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 presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, 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.

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.

[...]

41. Es importante señalar que el servicio de salud de este personal es prestado de conformidad con la Ley 91 de 1989, en las condiciones anteriormente señaladas. Ahora, en cuanto a la tasa de cotización, la Ley 812 de 2003 también se remitió a lo regulado para el sistema general de seguridad social y mantuvo la distribución de

³⁰ *Ibidem* página 70.

³¹ Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.º 165, 14 de abril de 2003, Ponencia aprobada en primer debate por las Comisiones Terceras y Cuartas del Senado de la República y Cámara de Representantes al Proyecto de Ley 169, Cámara ««por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 38.

³² «Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario»

³³ Sobre la materia se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019, radicación 680012333000201500569-01(0935-2017), Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, demandante: Abadía Reinel Toloza.

los porcentajes de trabajadores y empleadores. Fue así como el Decreto 2341 del 19 de agosto de 2003³⁴ reglamentó la anterior disposición y reiteró que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG corresponde a la «suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003».

42. Lo anterior, implicó el aumento en el porcentaje que le corresponde asumir al empleador, situación que se reguló imponiendo su financiación a cargo de los recursos del Sistema General de Participaciones «y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda». Tal disposición fue reiterada por el Acto Legislativo 01 de 2005, en el parágrafo transitorio 1.º del artículo 1, que adicionó el artículo 48 de la Carta Política.

43. En ese orden, se concluye que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 modificó el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, en cuanto al porcentaje del aporte, y, a partir de ese momento, el personal docente pasó de hacer cotizaciones equivalentes del 5% de la mesada al 12%, de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Luego, tal porcentaje se aumentó al 12.5%, según el artículo 10 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007³⁵, y más adelante, el artículo 1 de la Ley 1250 del 27 de noviembre de 2008³⁶ lo fijó en 12% para los pensionados. Recientemente, la Ley 2010 de 2019, en el artículo 142, adicionó el parágrafo 5 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, para establecer los porcentajes en función del valor de la mesada y señaló que podrían ir desde un 8% hasta 12%.

44. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexecutable del inciso 4³⁷ del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.

45. Lo anterior se acompaña con el artículo 157³⁸ de la Ley 100 de 1993, que en el numeral 1 indicó que son afiliados al régimen contributivo los pensionados y

³⁴ «Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y se dictan otras disposiciones»

³⁵ «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.»

³⁶ «Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un parágrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6o de la Ley 797 de 2003.»

³⁷ El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «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».

³⁸ «[...] Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las

jubilados, pues se encuentran dentro del grupo de la población que tienen capacidad de pago.

46. Por otra parte, no se desconoce que la Ley 100 de 1993, en el artículo 143, introdujo un reajuste mensual equivalente a la elevación de la cotización en salud, para quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de enero de 1994, sin que se encuentre uno semejante en la Ley 812 de 2003 para los docentes pensionados. Frente a este punto, la sentencia C-369 de 2004, en cita, indicó que el hecho de haber ordenado el incremento de la cotización, sin prever un mecanismo de reajuste similar al contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para el régimen general, no vulnera el derecho a la igualdad de los afiliados al FOMAG.

47. Para llegar a tal conclusión, se remitió al criterio hermenéutico fijado en la sentencia C-126 de 2000, que declaró exequible el mencionado artículo. En aquella oportunidad, la Corte estimó que en desarrollo del principio de solidaridad y con el propósito de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, el Legislador puede ordenar que la cotización sea asumida en su totalidad por el pensionado, teniendo en cuenta que se reduce el número de trabajadores activos y que al alcanzar el estatus cesa la obligación de cotizar a pensión, lo cual compensa de cierta manera el aumento de la cotización en salud.

48. Adicionalmente, sostuvo que el Legislador no tenía el deber de prever el mismo mecanismo compensatorio, argumento que sustentó en la tesis reiterada según la cual la existencia de regímenes especiales, como los previstos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, pues el trato diferenciado no es discriminatorio, sino que favorece a quienes cobija. Así mismo, la sentencia identificó los aspectos que llevan a considerar que un régimen especial contiene una discriminación para sus destinatarios en relación con determinada prestación, estas son, «(i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente»³⁹.

49. A partir de la anterior precisión, expuso que la cotización en salud no puede ser considerada autónoma e independiente, sino que está ligada al conjunto de servicios que se prestan al magisterio, regulado por la Ley 91 de 1989, cuyas particularidades representan algunos beneficios superiores para sus destinatarios. En consecuencia, como aquel es un régimen especial, diferente al general, la ley no tenía que prever un ajuste idéntico al señalado por la Ley 100 de 1993.

50. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.

51. De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, incluso de las mesadas adicionales, según lo

normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley [...]» Aparte subrayado declarado exequible por la sentencia C-711 de 1998.

³⁹ La Corte citó: «Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.»

ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.

52. Es así como el artículo 2.4.4.2.2.3. del Decreto 1075 de 2015, al referirse al giro que la sociedad fiduciaria administradora debe hacer al FOMAG, incluye los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como los señalados por el numeral 4 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

53. **En conclusión:** Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993.

1.2. Revisión de las tesis que limitan los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales

54. Hasta este punto queda verificado que los docentes pensionados están en la obligación de aportar un 12% de sus mesadas pensionales y que, al tratarse de una regla derivada de los artículos 8 de la Ley 91 de 1989 y 81 de la Ley 812 de 2003, la obligación de aportes, cualquier excepción debe estar taxativamente señalada por la ley. Por ende, es conveniente analizar los argumentos fundantes de las tesis según las cuales no son procedentes los descuentos a salud de las mesadas reguladas por los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993.

1.2.1. De la excepción del artículo 5 de la Ley 43 de 1984

55. Uno de los planteamientos que sustentan la improcedencia de los descuentos a salud de las mesadas adicionales se funda en el artículo 5 de la Ley 43 de 1984. Con el fin de analizarlo, conviene señalar que el artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982⁴⁰ proscribió los descuentos de la mesada adicional del mes de diciembre para las Organizaciones Gremiales y para las Entidades encargadas del pago de pensiones, así: «La mensualidad adicional de que trata el artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones».

56. En esta misma línea, la Ley 43 del 12 de diciembre de 1984⁴¹ clasificó las organizaciones de pensionados por servicios, tanto del sector privado como del público, y expidió otras disposiciones, tales como la contenida en el artículo 5 que reguló:

«A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontársele de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% que trata el ordinal 3º. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional. Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente Ley tendrán las exenciones tributarias de ley.»

57. Es de anotar que esta ley fue proferida, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución de 1886 que concedía la posibilidad de formar asociaciones. De manera pues, que esta ley admitió la conformación de organizaciones gremiales de

⁴⁰ «por la cual se determinan los Grados de las Organizaciones Gremiales de los Pensionados y se dictan otras disposiciones»

⁴¹ «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»

pensionados. En el artículo 1.º, la mencionada ley señaló que «Las confederaciones, federaciones y asociaciones de primer grado deben ser personas jurídicas gremiales legalmente reconocidas por el Gobierno».

58. En el artículo 5 transcrito, ordenó que a los pensionados así asociados no se les efectuara descuento alguno de la mesada adicional de diciembre, ni siquiera el correspondiente a los servicios asistenciales, regulado por el ordinal 3º. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, equivalente al 5%.

59. Sin embargo, ante la obligación legal que ordena los descuentos por aportes a salud de las mesadas adicionales, contenida en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, se concluye que ni el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 ni el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 regulan la materia para los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

60. Ahora, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es la norma específica para el sector docente y aquella dispuso que sí se deben efectuar los descuentos de las mesadas adicionales, además, es posterior a la Ley 43 de 1984, con lo cual, esta última no es la que rige para el personal afiliado al FOMAG.

61. En ese orden, la aplicación del artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 no puede sustentar el entendimiento según el cual los afiliados al FOMAG están eximidos de la cotización de salud de sus mesadas pensionales adicionales.

1.2.2. Alcance del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002

62. Otra tesis sostiene que solamente proceden los descuentos frente a la mesada adicional de junio y no respecto de la correspondiente al mes de diciembre, como efecto del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002.

63. Al respecto, es necesario precisar que el artículo 5 de la Ley 71 de 1988 indicó que las entidades pagadoras de pensiones deberán hacer los descuentos de las cuotas o de los créditos o deudas que contraen los pensionados que hagan parte de agremiaciones en favor de la respectiva organización, previa solicitud del interesado. Igualmente, en el artículo 6, reguló una cotización máxima del 2% en favor de las cajas de compensación familiar, previa solicitud del jubilado. A su vez, la Ley 79 del 23 de diciembre de 1988⁴² dotó al sector cooperativo de un marco propicio para su desarrollo en atención a su papel fundamental en la economía nacional. En el artículo 142, esta última se refirió a la obligación de toda entidad pública y privada de deducir las sumas que sus trabajadores o pensionados adeuden a la cooperativa.

64. En desarrollo de lo anterior, el Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002⁴³ prescribió:

«Artículo 1º. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

⁴² «Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa»

⁴³ «por el cual se reglamentan 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.»

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.»

65. En primer lugar, se observa que los descuentos de las mesadas adicionales de que trata la norma son aquellos destinados a los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, fondos de empleados y de las cooperativas, así como de las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, mas no están referidos a las cotizaciones a salud.

66. En segundo lugar, se observa que la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 3 de febrero de 2005⁴⁴, estudió la legalidad del Decreto 1073 de 2002 y declaró la nulidad, entre otros, del parágrafo del artículo 1 «**únicamente** en cuanto dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la ley 100 de 1993». Al respecto, la Sala consideró que tanto el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 como el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 solamente estaban referidos a la mesada adicional del mes de diciembre (hoy regida por el artículo 50 de la Ley 199 de 1993) y no a la del mes de junio. Por lo tanto, no existe norma legal que impida hacer descuentos de esta última mesada adicional, por lo que el ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria al expedir la norma que se examinó.

67. De acuerdo con el anterior pronunciamiento, solamente son viables los descuentos de la mesada de diciembre para organizaciones gremiales, fondos de empleados, cooperativas y cajas de compensación familiar, por la excepción contenida en las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, mientras que la de junio no es susceptible del descuento, por cuanto carece de sustento legal que contenga una excepción en ese sentido. Empero, la disposición no se predica de lo correspondiente a los aportes a salud.

68. Así las cosas, es necesario precisar que el Decreto 1073 de 2002 hace parte del marco normativo de los descuentos de las mesadas de los pensionados con destino a las asociaciones gremiales, fondos de empleados y de las cooperativas, y es a estos a los que se refiere la norma cuando señala «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», con lo cual no debe extenderse a las cotizaciones de las mesadas adicionales del personal de docentes pensionados

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 3 de febrero de 2005, radicación: 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02), demandante: Abel Trujillo Sánchez.

afiliados al FOMAG, pues en todo caso, dichos descuentos sí están autorizados por la ley, particularmente, por la Ley 91 de 1989 en el artículo 8, como ya se definió.

69. De esta manera, el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, tampoco sirve de fundamento para interpretar que no son procedentes los descuentos a salud del personal afiliado al FOMAG.

1.2.3. La condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes pensionados

70. Otro de los argumentos que se exponen para afirmar que son improcedentes los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales, está basado en que los docentes pensionados ya no pueden considerarse como afiliados al FOMAG, ante la inexistencia de una relación legal y reglamentaria en virtud de la cual ejerzan la función docente.

71. Sobre el punto, se debe tener en cuenta que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene a su cargo la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a la fecha de entrada en vigor de dicha ley, así como los que ingresaran con posterioridad (art. 4). El Fondo en mención tiene dentro de sus objetivos el de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales (art. 5), para lo cual está constituido, entre otros, por los aportes que se deduzcan de las respectivas mesadas pensionales y los demás descritos por el artículo 8 *ibidem*.

72. Para el asunto bajo estudio, únicamente pueden ser acreedores de las prestaciones y servicios a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aquellos servidores que se encuentran afiliados y hacen los aportes que les corresponde. En consecuencia, quienes reciben prestaciones tales como una pensión de jubilación a cargo de aquel, según la Ley 91 de 1989, así como los servicios médico-asistenciales, son sus afiliados. Este mismo entendimiento lo tuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-369 de 2004 al sostener «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».

73. Así las cosas, no cabe duda de que quienes reciben prestaciones y servicios de dicho Fondo aún se encuentran inscritos a él y reciben dichos beneficios. Por ello, es plausible concluir que están afiliados al FOMAG aquellos docentes que gozan de las prestaciones que dicha entidad les concede por ministerio de la ley, sin que puedan excluirse de este grupo de servidores aquellos que no tienen vigente una relación legal y reglamentaria para el ejercicio de la función docente.

74. A lo anterior se agrega que incluso los docentes que consolidaron el derecho antes de la Ley 91 de 1989 adquirieron la condición de afiliados al FOMAG, por disposición del artículo 211 de la Ley 115 de 1994, que decretó: «Los docentes nacionales y nacionalizados que adquirieron el derecho a la pensión de jubilación antes de la expedición de la Ley 91 de 1989 y que acreditaron este derecho, **quedarán afiliados** al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siempre y cuando tal calidad no haya sido reconocida por otra entidad de previsión social». De la norma transcrita se deduce que, para el Legislador, los docentes pensionados tienen la condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

75. En consecuencia, el argumento según el cual los docentes pensionados perdieron la condición de afiliados al FOMAG no es de recibo.

1.2.4. De efectuarse el descuento de la cotización a salud a las mesadas pensionales adicionales se estaría realizando en un 24% en el respectivo mes, cuando solamente está autorizado un 12%.

76. En relación con el razonamiento según el cual el aporte de la mesada adicional conlleva un 24%, es necesario precisar que de cada una de las mesadas que reciben se efectúa el descuento del 12%, es decir, 12% de la mesada que periódicamente se viene recibiendo y otro 12% de la mesada adicional. Por ende, para afirmar que el descuento corresponde a un 24%, sería necesario demostrar que se efectuó sobre una misma mesada de las que se devenga periódicamente, pero no se entiende de esta forma cuando de cada una de las mesadas, se realiza la referida deducción, así sean pagadas en un mismo periodo.

77. Una simple operación aritmética permite deducir que, en la situación bajo examen, se hace una deducción del 12% del 100% de lo que se recibe cada mes. Entonces, cuando se recibe una mesada adicional, en junio y diciembre, también se hace un descuento del 12% del total que se recibe. Si bien en términos numéricos el valor del aporte equivale al doble del que corresponde para una mensualidad ordinaria, no puede entenderse que aquella se aumenta en 24%, dado que recibe un valor adicional. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 prevé que el aporte se obtiene de la «respectiva mesada», es decir, de la mesada ordinaria más la adicional. En otros términos, el descuento del 12% se efectúa sobre el total de lo recibido en el correspondiente mes, lo que es igual al 12% de cada una de las mesadas.

78. En esas condiciones, la Sala no acoge el argumento expuesto, en consideración a que encuentra desacertada la conclusión que plantea.

1.2.5. La interpretación gramatical del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008

79. Antes se hizo alusión a una cuarta tesis sostenida por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 11 de marzo de 2010⁴⁵. De acuerdo con este criterio, solo los vinculados después de la Ley 812 de 2003 deben hacer aportes del 12% y no se les deben hacer descuentos de las mesadas adicionales. Su fundamento está basado en una interpretación gramatical del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, según el cual el aporte con destino a salud solamente es procedente respecto de las mesadas ordinarias.

80. La Sala no comparte la tesis propuesta, pues antes se señaló que la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, estimó razonable la interpretación según la cual el aumento que dispuso el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en el porcentaje del aporte a salud también es aplicable a los pensionados. Una conclusión necesaria de ello es que, a pesar de que los docentes pensionados se vincularon antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, también fueron destinatarios del aumento en la cotización a partir de esta última norma.

81. Precisado lo anterior, se advierte que, en principio, el método gramatical aplicado, no sería razón suficiente para dejar de efectuar descuentos de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la modificación introducida por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, pues es esta última la que contiene la expresión interpretada, al adicionar un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993. En efecto,

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 11 de marzo de 2010, radicación 11001-03-06-000-2010-00009-00 (1.998); actor: Ministerio de Educación Nacional.

aquel previó: «La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la **respectiva** mesada pensional», de manera que no comprende las situaciones anteriores a su vigencia.

82. A lo anterior se agrega, que, para esta Sala, la interpretación gramatical debe acompañarse con lo indicado por la Ley 91 de 1989, la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003, esto es, que los descuentos proceden aún de las mesadas adicionales.

83. Así las cosas, el término bajo examen lleva a que el descuento se haga a cada una de las mesadas pensionales que se reciban y no solamente de las ordinarias, pues de la expresión «de la **respectiva** mesada pensional» incluye las adicionales, puesto que también tienen esa connotación. Por lo tanto, las deducciones de las mesadas de junio y diciembre también se encuentran comprendidas en el contenido normativo en cuestión, dado que no se ha introducido excepción legal en este punto, contrario a ello, es una obligación derivada del artículo 8, inciso 6, de la Ley 91 de 1989.

84. En efecto, una interpretación lógica del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, lleva al mismo entendimiento si se tiene en cuenta que dicha norma prevé que la cotización mensual al régimen de salud será del 12% de la respectiva mesada pensional. Los pagos que superan los valores ordinarios recibidos en junio y diciembre son mesadas adicionales, tal y como se desprende de los artículos 50 y 142 *ejusdem*, y aún del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 cuando señala «incluidas las mesadas adicionales». Entonces, el porcentaje de los descuentos de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, aplicable por disposición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, incluye a las mesadas adicionales.

85. En consecuencia, el argumento sustentado en una interpretación literal del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 no implica la exclusión de las mesadas adicionales de los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

2. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

3. Efectos en el tiempo del precedente

87. Con el fin de proteger los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos, económicos y culturales, por regla general, la Sala Plena de esta Corporación ha dado aplicación a su precedente de forma retrospectiva⁴⁶. En este caso, no se advierte la necesidad de dar efectos

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007 (IJ). Rad. 76001-23-31-0002000-02513-01.

prospectivos a la regla de unificación aquí definida, toda vez que no restringen el acceso a la administración de justicia ni afectan los derechos adquiridos o fundamentales de las partes.

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.

89. Por lo anterior, en esta ocasión, se adopta el mismo criterio, por lo que la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.

4. Análisis de la Sala del caso particular

4.1 Problemas jurídicos

90. Los problemas jurídicos por resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

¿Debe ordenarse la suspensión de los descuentos de los aportes con destino a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre del docente pensionado José Julián Guevara Parra?

¿Debe ordenarse la devolución de los aportes efectuados por dicho concepto?

4.1.1 Primer problema jurídico

¿Debe ordenarse la suspensión de los descuentos de los aportes con destino a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre del docente pensionado José Julián Guevara Parra?

91. La Sala sostendrá la siguiente tesis: No debe ordenarse la suspensión de los descuentos de los aportes con destino a salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre del señor José Julián Guevara Parra, por cuanto aquellos son procedentes, de conformidad con lo previsto por los artículos 8, inciso 5, de la Ley 91 de 1989, que ordenó el aporte de las mesadas adicionales, y 81 de la Ley 812 de 2003, que dispuso el aumento del aporte de acuerdo con lo estipulado por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y las normas que lo modifiquen.

92. En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

93. Por medio de la Resolución 576 del 20 de junio de 2011⁴⁷, la Secretaría de Educación Municipal de Pereira reconoció una pensión de jubilación al señor José Julián Guevara Parra, efectiva a partir del 17 de febrero de 2011. En el artículo tercero el acto administrativo de reconocimiento ordenó: «El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio descontará del valor de cada mesada pensional para efectos de la prestación del servicio médico asistencial en beneficio del jubilado, el 12,5% en virtud de la Ley 1250 de 2008».

94. El 26 de enero de 2015, el pensionado presentó reclamación administrativa al FOMAG con el propósito de que se devolviera el valor descontado de las mesadas adicionales de junio y diciembre 2011, 2012 y 2013 así como la suspensión de dichos descuentos en adelante⁴⁸.

95. Por medio de Oficio 3756 del 11 de febrero de 2015⁴⁹, la Secretaría de Educación del municipio de Pereira le negó la suspensión de los descuentos de los aportes a salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, así como la devolución de los ya efectuados. Para el efecto, invocó el contenido del artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, y con base en ello expuso lo siguiente: «De conformidad con la norma transcrita, la cotización mensual a salud es del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, y no excluye de dicha cotización las mesadas adicionales».

96. El peticionario presentó recurso de reposición⁵⁰ contra la anterior respuesta. Por medio del Oficio 10199 del 19 de marzo de 2015⁵¹, la misma entidad confirmó la decisión anterior al señalar: «Tal y como se indicó en el Oficio Recurrido, la cotización mensual a salud es del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, y no excluye de dicha cotización las mesadas adicionales».

Análisis de la Sala

97. La parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, con el propósito de que se revoque y en su lugar, se acceda a las pretensiones. El pensionado manifestó que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del 12% con destino a salud.

98. Sobre el particular, de conformidad con lo antes expuesto y en aplicación de la regla jurisprudencial fijada, según la cual son procedentes los descuentos por concepto de aportes a salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre que reciben los docentes pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo señalado por el artículo 8, inciso 5, de la Ley 91 de 1989.

99. Adicionalmente, por virtud del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el valor del aporte que efectúan los docentes pensionados fue equiparado al previsto para el régimen general en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, esto es, en el 12% o en el porcentaje que señalen las normas que lo modifiquen o adicionen.

100. En este particular, es de resaltar que según lo considerado por la sentencia C-369 de 2004 de la Corte Constitucional, el hecho de que el legislador no hubiera

⁴⁷ Ff. 6 a 8.

⁴⁸ Ff. 13 a 15.

⁴⁹ F. 17.

⁵⁰ Ff. 18 y 19

⁵¹ F. 20.

previsto un ajuste semejante al autorizado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para compensar el aumento de la cotización en salud, no vulnera el derecho a la igualdad del personal afiliado al FOMAG. En efecto, la Corte sostuvo que, por una parte, al alcanzar el estatus cesa la obligación de cotizar a pensión, lo cual coadyuva de cierta manera el aumento de la cotización en salud. Por otra parte, enfatizó que la cotización en salud no puede ser considerada autónoma e independiente del régimen especial que le asiste, sino que está ligada al conjunto de servicios que presta el FOMAG, regulado por la Ley 91 de 1989, el cual presenta diferencias favorables respecto del régimen general, por lo tanto, la ley no tenía que prever un ajuste idéntico al señalado por la Ley 100 de 1993.

101. Otro razonamiento que se expone en el recurso de apelación es el relacionado con la aplicación de los artículos 5 de la Ley 43 de 1984 y 1 del Decreto 1073 de 2002, los cuales pasan a examinarse:

102. En lo relativo a la primera de las normas invocadas, es importante precisar que no tiene como destinatarios a los docentes pensionados. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, que prevé la obligación para los pensionados afiliados al FOMAG de hacer aportes de las mesadas adicionales, es posterior a la Ley 43 de 1984, por lo tanto, esta última no podría ser aplicable.

103. Respecto de la segunda de las disposiciones invocadas, esto es, el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, antes se precisó que esta regula los descuentos de las mesadas adicionales destinados al pago 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, mas no están referidos a los aportes a salud. En ese orden, tampoco sirve de sustento jurídico para acceder a la solicitud del pensionado.

104. Finalmente, la parte demandante afirmó que, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual. Este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad, si se tiene en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe.

105. En esas condiciones, no es viable acceder a la pretensión de la demanda, en cuanto solicita que se ordene suspender los descuentos de los aportes, así como la devolución de los ya efectuados, puesto que aquellos tienen la finalidad de contribuir al sostenimiento del sistema especial de salud que administra el FOMAG, que tiene como destinatarios al personal docente, así como a sus beneficiarios, según se precisó en líneas anteriores.

106. **Conclusión:** No debe ordenarse la suspensión de los descuentos de los aportes con destino a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre del señor José Julián Guevara Parra, como quiera que aquellos son procedentes en el porcentaje del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 o el señalado por las normas que lo modifiquen o adicionen, de conformidad con lo regulado por el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

107. Como consecuencia de lo anterior, no es necesario efectuar un pronunciamiento adicional en relación con el segundo problema jurídico,

comoquiera que al encontrarse ajustadas a la ley las deducciones de los aportes efectuados para salud, es lógico derivar que no debe ordenarse la devolución de las sumas descontadas por dicho concepto.

Decisión de segunda instancia

108. Por las razones que anteceden, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pereira el 1.º de junio de 2017, que denegó las pretensiones de la demanda.

Condena en costas

109. Esta Sección en sentencias del 7 de abril de 2016⁵², acogió el criterio objetivo valorativo para la imposición de costas. Con base en lo anterior, no se condenará en costas, comoquiera que la presente sentencia de unificación jurisprudencial se emite en atención a la solicitud presentada por el Tribunal Administrativo de Risaralda al Consejo de Estado, ante la disparidad de criterios adoptados por los distintos despachos judiciales del país para la resolución de estos asuntos.

150. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Unificar jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar que son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituye precedente vinculante en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Confírmese la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Pereira el 1.º de junio de 2017, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

⁵² Ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A del 7 de abril de 2016, radicación: 4492-2013, demandante María del Rosario Mendoza Parra y radicación 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

Cuarto: Sin condena en costas.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, háganse las anotaciones pertinentes en el sistema informático respectivo y devuélvase el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena de la Sección Segunda, en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmada electrónicamente

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmada electrónicamente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Firmada electrónicamente

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmada electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmada electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmada electrónicamente

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>, en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

