



JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Segunda
Carrera 57 N.º 43-91, CAN. Edificio Aydee Anzola Linares, Piso 4º
Correo electrónico: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Microsite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-16-administrativo-de-bogota>

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	Nº 11001-33-35-016-2021-0009-00
Demandante:	ROSENDO PORTACIO FONTALVO
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Tema: Reliquidación Pensión de Jubilación y Descuentos en Salud

1. ASUNTO POR DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, este Juzgado dicta la sentencia escrita de primera instancia, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con lo normado por la Ley 2080 de 2021 y conforme la siguiente motivación:

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones¹: El señor **ROSENDO PORTACIO FONTALVO** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad de la **Resolución N° 1279 del 21 de febrero de 2020**, proferida por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C. – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por medio del cual se negó el ajuste de la pensión de jubilación y el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales.

Del mismo modo, solicita que se declare la nulidad del **oficio N° S-2020-19403 del 6 de febrero de 2020**, proferido por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE**

¹ Fls. 1-3 del archivo N° 2 del expediente digital.

BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por medio del cual se negó el descuento de los valores correspondientes a seguridad social sobre los factores salariales devengados y no reconocidos.

Asimismo, que se declare la **nulidad del acto ficto o presunto negativo originado por el silencio administrativo proferido por la Fiduprevisora, de la petición del 26 de noviembre de 2019**, respecto de la solicitud de reintegro y suspensión de los descuentos de seguridad social.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que: **i)** se realicen los descuentos sobre los factores que se solicitan para su inclusión y a su vez se efectúe el aporte de los mismos al sistema pensional, **ii)** se revise y ajuste de la pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados por la demandante, **iii)** se reintegren los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia, y **iv)** se ordene a las entidades demandas suspender los descuentos por seguridad social sobre la mesada pensional adicional de diciembre de cada año que se cause a partir de la sentencia.

2.2. Hechos y Omisiones²:

La demandante señala que por su servicio como docente oficial le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución N° 2456 del 9 de octubre de 1998 a partir del 12 de mayo de 1996.

Que la Secretaría de Educación de Bogotá en una clara omisión a sus responsabilidades no efectuó los descuentos en seguridad social sobre la totalidad de los factores devengados anualmente durante su vinculación.

Adicionalmente indica que desde el primer pago de su mesada pensional la entidad viene efectuando descuentos con destino al pago de aportes al sistema de seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales, sin que exista norma que así lo ordene.

Mediante petición escrita dirigida al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. solicitó revisión y ajuste de la pensión reconocida a su favor, con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento de su estatus pensional, así como

² Fls. 3-5 del archivo N° 2 del expediente digital.

la realización de descuentos con destino a seguridad social sobre la totalidad de factores salariales devengados y el reintegro de los descuentos realizados para salud sobre las mesadas pensionales adicionales, ante la cual la entidad resolvió de manera negativa a través de los actos administrativos demandados.

2.3. Normas violadas y concepto de violación³:

la demandante estima vulneradas por la entidad, mediante los actos acusados, las leyes 57 y 153 de 1887, Ley 91 de 1989, Ley 4 de 1992, Ley 60 de 1993, Ley 115 de 1993, Decreto 1073 de 2002, Ley 812 de 2003, y Ley 100 de 1993 como los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 constitucionales. También estima vulnerados varios pronunciamientos de orden jurisprudencial descritos y citas inextenso.

Por concepto de la violación, manifiesta como causal de nulidad la violación de la carta política ya que estima que tiene derecho a la reliquidación de su mesada pensional incluyendo en la respectiva liquidación la totalidad de los factores devengados. Indica que la entidad viola los artículos 48 y 53 constitucional al no dar aplicación al principio del “*in dubio pro-operario*”. también señala que no se han aplicado los preceptos en materia de régimen prestacional de los docentes, como también las disposiciones relacionadas con los requisitos y la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación docente, que goza de la protección de un régimen especial. Por esa razón considera que se aplicaron a su caso normas procedimentales diferentes a las que debió fundarse la reliquidación de la pensión.

En el mismo sentido indica que se vulnera lo consagrado por el decreto 1073 de 2002 al negarle la solicitud de suspensión y devolución de aportes al sistema de salud sobre mesadas adicionales. Para fortalecer la razón de su dicho, cita varios pronunciamientos de orden jurisprudencial.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 19 de enero de 2021 (archivo N° 1 del expediente digital); a través de providencia de 26 de febrero de 2021 fue admitida (archivo N° 6 del expediente digital). Notificada el 12 de julio de 2012 mediante correo electrónico a la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (archivo N° 9 del expediente digital).

En el término de traslado, la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL**

³ Fls. 5-23 del archivo N° 2 del expediente digital.

MAGISTERIO dio contestación a la misma, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones (archivo N° 10 del expediente digital). Asimismo, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado presentó memorial de intervención en el que solicitó denegar las pretensiones de la demanda (archivo N° 12 del expediente digital).

Posteriormente, mediante constancia secretarial del 27 de octubre de 2022, se informó que la parte actora previo a fijar en lista las excepciones presentadas por la demandada, recorrió traslado de las mismas el 17 de agosto de 2022. Que, por lo expuesto, no se hacía necesario fijar en lista las excepciones presentadas, siendo procedente continuar con la etapa procesal correspondiente (archivo N° 13 del expediente digital).

Finalmente, a través de auto del 14 de diciembre de 2022, se indicó que respecto de las excepciones propuestas estas se resolverían con la sentencia a que haya lugar, teniendo en cuenta que se trata de argumentos de defensa encaminados a atacar el derecho sustancial reclamado por el demandante y se decidió sobre las pruebas aportadas y solicitadas por las partes. Asimismo, se fijó el litigio del caso y se corrió traslado para alegar a las partes y al Ministerio Público, por el término común de diez (10) días, previo a dictar sentencia anticipada por escrito (archivo N° 14 del expediente digital).

2.4.1. Contestación de la demanda.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La parte demandada en la contestación de demanda mediante memorial visible en el archivo N° 10 del expediente digital, se opuso a las pretensiones de la misma, bajo el argumento de que debe liquidarse la prestación de jubilación sobre el 75% de aquellos factores salariales sobre los cuales se han realizado aportes durante el último año de servicio y que una determinación en contrario no solamente contradice lo señalado por la norma, sino también lo indicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conforme varias providencias que se permite citar.

Respecto a los descuentos en salud, indicó que dentro del régimen prestacional del magisterio no hay norma alguna que impida efectuar el descuento sobre las mesadas adicionales, apoyándose en lo contenido en varios pronunciamientos jurisprudenciales que se citan inextenso. A pesar de lo señalado, no se pronunció frente a la viabilidad de hacer extensivos los descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante, el cual fue el tema planteado por el libelista.

2.5. Alegatos de conclusión

2.5.1. Parte demandante. No presentó sus alegatos de conclusión.

2.5.2. Parte demandada. Presentó sus alegatos allegados a este despacho mediante correo electrónico visible en el archivo 15 del expediente digital, en los cuales reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

En síntesis, indicó que la fecha de vinculación del demandante se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo tanto, el régimen aplicable es el previsto en la Ley 91 de 1989, de la siguiente manera:

- De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la ley. Lo que quiere decir que el demandante estaba vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El demandante en su condición de docente NACIONAL vinculado al Fomag, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
- De acuerdo a la regla fijada en la sentencia de unificación del Consejo de Estado para el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, bonificación por servicios prestados, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.

En consecuencia, la pensión ordinaria de jubilación del demandante se liquidó conforme al régimen general previsto para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985 y por ello en la base de liquidación de su pensión no se podían tomar en cuenta los factores devengados último año de servicios tales como “la bonificación, prima de servicio, prima

de navidad, pues estos factores no constituyen base de liquidación de los aportes, y, por tanto, no se pueden ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

2.5.3 Concepto del Ministerio Público. El delegado del Ministerio Público ante este Despacho se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

2.5.4. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Mediante memorial visible en el archivo N° 12 del expediente digital solicitó negar las pretensiones de la demanda por cuanto estima que se debe aplicar la sentencia de unificación del Consejo de Estado SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 según el cual cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho de la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio educativo oficial, en su liquidación se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

Problema Jurídico por resolver

Una vez examinado el contexto del litigio, considera este Despacho que el problema jurídico a resolver, se contrae en establecer si el docente ROSENDO PORTACIO FONTALVO, tiene derecho a que la pensión de jubilación de que es titular sea reajustada teniendo en cuenta el promedio mensual de todos los factores de salarios devengados durante el último año anterior al retiro del servicio oficial? Así mismo si se le debe reintegrar y suspender, los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la pensión y hasta ejecutoria de la sentencia; y los posteriores a esta.

Para resolver el caso de autos se abordará el siguiente orden conceptual: i) Régimen pensional docente, ii) Sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado iii) Reglas de Unificación sobre el I.B.L. en Pensión de Jubilación y Vejez de los docentes; iv) Sobre los Descuentos en salud a mesadas adicionales, y v) Cambio de criterio en relación con los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales.

3.1 Régimen pensional docente: El H. Consejo de Estado, en reiterados pronunciamientos, ha señalado que si bien el Decreto 2277 de 1979 indica que los docentes son administrados por un régimen especial en lo que se refiere a la administración de personal, a los temas salariales y prestacionales, ello no acompasa lo atinente a la pensión de jubilación, dado que a estos se les aplica las mismas normas y requisitos que para el resto de los empleados públicos, salvo lo atinente al sistema integral de seguridad social de la Ley 100 de 1993, que no les aplica por disposición de la misma legislación.

En virtud del proceso de nacionalización, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como un administrador de las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados y territoriales. La precitada ley en su artículo 15 señala el régimen que se debe aplicar al personal docente.

De la citada normatividad se desprende que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional o las que se expidan en el futuro, es decir, que por remisión de la Ley 91 de 1989, a éstos les es aplicable la Ley 33 de 1985, pauta normativa que constituía en la época el régimen general de pensión.

De otro lado, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social. Así mismo, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 confirmó que el régimen de jubilación aplicable para los docentes nacionales era la Ley 33 de 1985.

Con posterioridad a ello, en virtud de la Ley 812 de 2003 se establece un cambio en el Régimen prestacional de los docentes oficiales, indicando dicha norma en su artículo 81 que a los docentes oficiales vinculados con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, le serán otorgados los derechos pensionales establecidos dentro del Régimen de Prima Media de qué trata la ley 100 de 1993.

En el mismo sentido, el párrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, indica que:

“(…) 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”. (Subrayado fuera del texto original)

Frente a los hechos narrados cabe resaltar que la Ley 33 de 1985 es aplicable al demandante en virtud de lo establecido por el Acto Legislativo No. 01 de 2005 y por remisión normativa de la ley 812 de 2003, debido a que el señor **ROSENDO PORTACIO FONTALVO** fue nombrado docente el **7 de mayo de 1969**⁴, esto es, con antelación a la entrada en vigor de la última norma citada.

3.2. Sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-20198 del 25 de abril de 2019⁵ varió el criterio que venía siendo adoptado por la Sección Segunda de esta jurisdicción como también la postura que había adoptado este Despacho, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados por el docente durante el último año de servicio.

Así, la Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta, para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tomar en consideración para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Para aclarar el Régimen Pensional de los docentes vinculados al Servicio Público Educativo Oficial, el Tribunal rector realizó un cuadro comparativo de los dos regímenes en el cual expuso:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL	
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005	
RÉGIMEN DE PENSIÓN ORDINARIA DE JUBILACIÓN DE LA LEY 33 DE 1985	RÉGIMEN PENSIONAL DE PRIMA MEDIA
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	Para los docentes vinculados a partir de la entrada vigencia de la Ley 812 de 2003.
Normativa aplicable	Normativa aplicable
Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 Ley 33 de 1985	Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 Ley 100 de 1993 Ley 797 de 2003

⁴ Tal como se desprender de la certificación que reposa en el folio 25 del archivo N° 3 del expediente digital.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015- 569-01

Ley 62 de 1985		Decreto 1158 de 1994	
Requisitos		Requisitos	
Edad: 55 años (H/M) Tiempo de servicios: 20 años		Edad: 57 años (H/M) Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9º de la Ley 797 de 2003	
Tasa de remplazo - Monto		Tasa de remplazo - Monto	
75%		65% - 85%⁶ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
<p>Último año de servicio docente</p> <p>(literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)</p>	<p>asignación básica, gastos de representación primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación dominicales y feriados horas extras bonificación por servicios prestados trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</p> <p>De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.</p>	<p>El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión</p> <p>(Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)</p>	<p>asignación básica mensual, gastos de representación prima técnica cuando sea factor de salario; primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario; remuneración por trabajo dominical o festivo; bonificación por servicios prestados remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994)</p>

3.3 Reglas de Unificación sobre el I.B.L. en Pensión de Jubilación y Vejez de los docentes: De todo lo expuesto extrajo las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

*“De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo (...).

⁶ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

3.4. Sobre los Descuentos en salud a mesadas adicionales En primer lugar, el artículo 57 de la Ley 43 de 1984⁸ prohibió los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

Posteriormente, frente a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Ley 91 de 1989, que lo creó, en su artículo 8° estableció como fuente de sus ingresos el 5% de cada mesada pensional devengada por el beneficiario, incluyendo las adicionales.

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002⁹, en el artículo 10¹⁰ reguló los descuentos en las mesadas pensionales respecto de las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos de empleados o de cooperativas; y sobre estas deudas sí consagra la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas adicionales. Es decir que la citada norma y la prohibición en ella contenida, se refiere únicamente a los descuentos que ella misma permite, esto es, se reitera, deudas a favor de organizaciones gremiales a fondos de empleados y cooperativas¹¹.

El artículo 81 de la Ley 81 de 2003 dispuso que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones que establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. La reforma introducida por la citada ley no puede considerarse que sustituyó el régimen pensional de los docentes, toda vez que el objetivo del inciso 4° del artículo 81 de dicha norma, fue fijar el porcentaje de cotización para pensión que debían aportar los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del

⁷ ARTICULO 50. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 30. del artículo 90 del decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional. Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley

⁸ 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.

⁹ por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988.

¹⁰ "ARTÍCULO 10. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales. La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988. Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos. PARÁGRAFO. 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."

¹¹ Tal argumento fue expuesto por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia del 24 de enero de 2019, al interpretar el artículo 1° del Decreto 1073 de 2002 donde concluyó que el mismo no se "... refiere a las cotizaciones obligatorias en salud; sino lo que se pretende con la norma es proteger al empleado para que en un solo mes no se le hagan dos descuentos destinados a pagar los créditos que están permitidos a los pensionados. Si bien es cierto, hay que aceptar que la disposición no está escrita de manera clara, examinada en contexto permite la hermenéutica que se realiza. Igualmente, por lo que tal decreto señala reglamentar el contenido de las Leyes 71 y 79 de 1988, que fueron dictadas antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y que no se relacionan con los aportes obligatorios en salud."

Magisterio, pero desde ninguna óptica pretendió la vinculación de dichos docentes al Sistema General de Pensiones, pues tal remisión fue únicamente para establecer la tasa o porcentaje de cotización de los servicios de salud por parte de los pensionados, que en el régimen de los docentes era del 5%, porcentaje sustancialmente inferior al 12% que correspondía financiar a los afiliados del régimen general, cuya diferencia representaba un riesgo para el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud; bajo este panorama, la remisión aludida no puede considerarse extensiva a aspectos como las mesadas pensionales posibles de los descuentos o el destino de estos últimos.

Así las cosas, dichas deducciones al igual que aquellas realizadas en las mesadas ordinarias, están destinadas a la sostenibilidad de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y este criterio respeta los cometidos estatales respecto a la seguridad social que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal.

En este orden de ideas, queda claro que el porcentaje de cotización a financiar por parte de los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponde al doce por ciento (12%) del valor de la respectiva mesada pensional, ordinaria o adicional, en armonía con las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 797 y 812 de 2003.

3.5. Cambio de criterio en relación con los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales. Si bien el artículo 7º de la Ley 1564 de 2012, establece que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, también predica que deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Pero cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.”

Ahora, en el presente caso las distintas Subsecciones que conforman la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostienen criterios interpretativos opuestos respecto a la interpretación de la norma que autoriza los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales adicionales.

En consideración a lo señalado, este Despacho si bien anteriormente accedía a la pretensiones en casos semejantes a los que nos ocupa, lo cierto es que en virtud de la autonomía judicial que le asiste al operador judicial en adelante acogerá el precedente aplicable por las Subsecciones A, E y F, con el propósito de armonizar el derecho

fundamental a la igualdad, por cuanto por aplicación de los principios constitucionales de solidaridad, orden justo y de sostenibilidad financiera y fiscal del Sistema de Seguridad Social en Salud es el criterio que mejor se ajusta.

La Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en casos como el presente inicialmente accedía a las pretensiones de la demanda, pero posteriormente cambió su posición.

Por su parte, la Subsección A del mismo Órgano, al decidir un recurso de apelación contra una sentencia de primera instancia que negó el reintegro de los descuentos de las mesadas adicionales de los docentes, confirmó dicha providencia bajo el argumento que el artículo 1º del Decreto 1073 de 2002 se “...refiere a los descuentos que ella misma permite; esto es, los que tienen que ver con las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos de empleados o de cooperativas; y sobre estas deudas sí consagra la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas adicionales. (...) Pero interpreta la Sala no refiere a las cotizaciones obligatorias en salud; sino lo que se pretende con la norma es proteger al empleado para que en un solo mes no se le hagan dos descuentos destinados a pagar los créditos que están permitidos a los pensionados...”

En el mismo sentido la Subsección F del mismo Tribunal se acogió a la tesis de negar esta clase de pretensiones.

Debido a lo anterior y en aplicación del precedente vertical, acoge la posición de las Subsecciones A, E y F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca según la cual los descuentos realizados por La Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas adicionales de los pensionados docentes se encuentran ajustados a derecho, por las razones anteriormente expuestas.

4. CASO CONCRETO:

Conforme se evidencia de las pruebas recaudadas, al señor **ROSENDO PORTACIO FONTALVO** le fue reconocida Pensión de Jubilación mediante la **Resolución N° 2456 del 9 de octubre de 1998**, visible en los folios 1-3 del archivo N° 2 del expediente digital. También se encuentra acreditado en el expediente que el demandante adquirió su estatus de pensionado el día 11 de mayo de 1996, y que durante el último año de servicio anterior a su adquisición de estatus de pensionado devengó los factores de asignación básica, prima de alimentación y prima especial.

De acuerdo con lo expuesto, y de conformidad con la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, al encontrarse el demandante vinculado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 812 de 2003, es beneficiario del régimen contemplado en la Ley 33 de 1985.

Por otro lado, en el presente proceso se observa que lo pretendido por la demandante es que se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a su retiro del servicio, concretamente los factores no reconocidos.

Así las cosas, atendiendo la pauta jurisprudencial indicada, es forzoso concluir que no se puedan incluir los factores de prima de navidad y prima de servicios en la liquidación de la mesada pensional reconocida, teniendo en cuenta que en el expediente no aparece prueba alguna, que sobre estos factores la demandante haya cotizado para seguridad social en el año anterior al retiro del servicio.

Por lo tanto, NO resulta procedente acceder en este punto, dado que sólo es posible ordenar la reliquidación de la pensión que goza el demandante, con base en la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985, y en lo referente al I.B.L. se tendrán en cuenta solo aquellos factores sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, de manera que no se puede incluir ningún factor adicional a los ya enlistados en el mencionado artículo.

Lo anterior con base en lo señalado por el H. Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación, que establece que sólo se deberán tener en cuenta los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo ibidem y el 48 constitucional, y que además se encuentren enlistados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985.

Por otra parte, se negará la pretensión de ordenar descuentos con destino al sistema de seguridad social sobre la totalidad de factores salariales devengados por el demandante, pues la norma es clara en señalar los factores a partir de los cuales se realiza el mencionado descuento, resultando lesivo para los derechos del trabajador una interpretación en contrario.

En cuanto a lo relacionado con los descuentos en salud sobre mesadas adicionales, está demostrado que el demandante al ser beneficiario del régimen prestacional de los docentes oficiales contemplado en la Ley 91 de 1989, tiene la obligación de contribuir con los aportes legales correspondientes, no solo sobre las mesadas ordinarias, sino

también de las adicionales, como se indicó en el acápite de normas y precedente jurisprudencial aplicables.

Lo anterior, conforme con el artículo 8° numeral 5 de la Ley 91 de 1989, que establece que los descuentos realizados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales adicionales resultan obligatorias por ser valores que constituyen los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no solo son para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, sino también para la prestación de los servicios médico asistenciales para sus afiliados, por lo que resulta legal, justo y equitativo que quienes se sirven de estos beneficios contribuyan con la financiación de los recursos necesarios para dicha cobertura, de acuerdo con el importe que la norma ha fijado para el efecto.

De otra parte, se resalta que la Ley 812 de 2003 sólo modificó lo atinente a la tasa de cotización, más no la obligatoriedad del aporte de los pensionados sobre las mesadas ordinarias y adicionales, en tanto las mismas continúan siendo reguladas por lo contemplado en el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Finalmente, se precisa que la prohibición del párrafo único del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, no guarda relación con el régimen que cobija a los docentes oficiales, pues su objeto fue reglamentar las Leyes 71 y 79 de 1988 y respecto a la imposibilidad de afectar las mesadas adicionales, el mencionado decreto quiso referirse a otro tipo de obligaciones como créditos, deudas y cuotas destinadas a asociaciones gremiales, cooperativas y fondos de empleados, diferentes a las legales o reglamentarias que el afiliado debe asumir en su condición de pensionado, como por ejemplo los servicios de salud; previsión que en modo alguno modificó la Ley 91 de 1989 o el régimen de pensiones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En este orden de ideas se negarán todas las pretensiones teniendo en cuenta la variación de la línea jurisprudencial que venía sosteniendo la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, modificación en el entendimiento que la pensión ordinaria de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar el régimen de la Ley 33 de 1985 y respecto del I.B.L., se tomarán en consideración sólo aquellos factores enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, junto con los factores ya reconocidos, en aplicación del principio de favorabilidad.

Por lo anterior y con base en las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003 y 1250 de 2008, para el Despacho no resulta procedente ordenar la suspensión y reembolso de los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales. En este sentido, las

pretensiones tampoco están llamadas a prosperar en relación con la de reintegro de los valores descontados por concepto de salud en las mesadas adicionales.

En consecuencia, los Actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los ampara

Costas y agencias en derecho

Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018¹², de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia citada, encuentra este Despacho que, en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia, no se observó ninguna actuación contraria a derecho por parte del actor, por lo tanto, se abstendrá de condenarlo en costas conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de presente providencia.

¹² “a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – CPACA-

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

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

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

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

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

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

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

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase a los interesados el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

CUARTO: Téngase en cuenta para los efectos pertinentes los correos electrónicos:

procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co; notjudicial@fiduprevisora.com.co;
notificacionesjudiciales@mineducación.gov.co; notjudicial1@fiduprevisora.com.co;
t_lreyes@fiduprevisora.com.co; colombiapensiones1@gmail.com;
abogado27.colpen@gmail.com;

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS

JUEZ

Hjdg

Firmado Por:

Blanca Liliana Poveda Cabezas

Juez

Juzgado Administrativo

016

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **50ddbabc1ad8e1ab653a64123b681029c744dad7b448a510c7efc745d51053f8**

Documento generado en 20/03/2023 08:51:36 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>