



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

SECCIÓN SEGUNDA

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aidée Anzola Linares CAN

Correo: admini6bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., julio treinta y uno (31) de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia Anticipada de primera instancia (Decreto 806 de 2020)
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-0068-00
Demandante:	CARMEN ELISA RAMOS
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –

*Tema: Reliquidación Pensión de Jubilación y Descuentos en Salud sobre las
mesadas adicionales de docentes oficiales*

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, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020¹ y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: La señora **CARMEN ELISA RAMOS** 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

¹ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó demanda dentro de la cual solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución 9697 de 15 de diciembre de 2017 por medio de la cual se ajusta una reliquidación de pensión de Jubilación por aportes reconocida a su favor.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicita la revisión y ajuste de la pensión reconocida, incluyendo como base de liquidación de la prestación referida la totalidad de los factores devengados en el último año al retiro del servicio.

También, la suspensión de los descuentos por salud sobre la mesada adicional de diciembre de cada año y el reintegro de los valores descontados en exceso por dicho concepto en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la prestación reconocida antes de la sentencia.

Adicionalmente solicita el reconocimiento y pago de las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de las mismas producto de la reliquidación, así como los intereses de mora sobre las sumas adeudadas y el valor de la indexación correspondiente.

Por último, que se ordene a las demandadas el cumplimiento de la sentencia condenatoria y a que se reconozca y pague la condena en costas.

2.2. Hechos:

La señora Carmen Elisa Ramos Jiménez fue docente vinculada al servicio público de educación desde el 10 de junio de 1992 y hasta el 17 de diciembre de 2015. Por haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación, a través de la Resolución 003299 de 7 de mayo de 2008 se le reconoció y ordenó pagar pensión vitalicia de Jubilación por aportes.

Mediante Resolución No. 0233 de 23 de enero de 2017 se reliquidó el monto de la pensión reconocida con ocasión del retiro definitivo del servicio incluyendo los factores salariales de Sueldo, Prima Especial y Prima de Vacaciones. Adicionalmente, Mediante Resolución No. 9697 del 15 de diciembre 2017 la entidad demandada reliquida la prestación reconocida sin incluir la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo del servicio.

Ante Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -FONPREMAG-, el 12 de mayo de 2017 la demandante elevó petición radicada bajo el número E-2017-87604 solicitando la suspensión y reintegro de los descuentos en exceso para salud sobre las mesadas adicionales.

2.3. Normas violadas y concepto de violación:

Aduce la demandante que con respecto a la no inclusión de la totalidad de los factores salariales en la reliquidación de la mesada pensional han sido vulnerados los artículos 2,13,25,29,46,48,53,58 y 228 de la Constitución y la ley 91 de 1989 en su artículo 15, la ley 4ta de 1992, la ley 71 de 1988, el art. 17 de la ley 549 de 1999, el art. 2 del Decreto 2527 de 1994 y el Decreto 692 de 1994, así como los artículos 1 y 3 de la ley 700 de 2001.

Lo anterior por cuanto, a su juicio, la negativa de la entidad a la aplicación de las normas de orden legal que considera infringidas es constitutiva de la violación a los artículos de la constitución mencionados.

Frente a la vulneración de las normas de rango legal, aduce que es producto de la decisión de la entidad de liquidar las prestaciones sin tener en cuenta los porcentajes y criterios establecidos en la misma, los cuales considera que se encuentran en la ley 33 de 1985 y demás leyes concordantes.

También, que con ocasión del descuento para salud en las mesadas adicionales han sido vulnerados el Decreto 1073 de 2002, el artículo 50 de la ley 100 de 1993, la ley 812 de 2003. Como razón de lo anterior las demandantes argumentan que el descuento realizado sobre las mesadas adicionales es contrario a lo normado por el Decreto 1073 de 2002 ya que el párrafo de su artículo primero señala lo contrario, en concordancia con el artículo 50 de la ley 100 de 1993 y la ley 812 de 2003.

Esta interpretación es apoyada por las demandantes con fundamento en conceptos del entonces Ministerio de la Protección Social y de la Superintendencia de Salud, los cuales transcribe "*inextenso*".

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 21 de febrero de 2018 tal como se puede constatar a folio 35 del expediente y a través de providencia de 9 de agosto de 2018 (fl. 47), se admitió la demanda. Asimismo, el 3 de diciembre de

2018², fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La parte demandada pese a haber sido notificada no contestó la demanda, tal como se desprende del informe secretarial que funge a folio 56 de expediente.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 3 de julio de 2020³, el Juzgado atendiendo a lo dispuesto en la parte final del artículo 181 del CPACA en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020⁴, corrió traslado a las partes para alegar por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada.

2.5. Alegatos de conclusión

2.6.1 La parte demandante: Habiendo transcurrido el término dispuesto para ello por auto que antecede, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, los cuales dirige a señalar varias disposiciones que regulan el monto de la liquidación de personal docente oficial.

En ese sentido solicita la aplicación de las reglas de Unificación expedidas por el Consejo de Estado mediante providencia de 19 de febrero de 2015, en donde el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso manifestó que deberán tenerse en cuenta a efectos del cálculo del IBL de la prestación, todo lo que haya recibido el demandante como retribución a su labor, excepto aquellos factores que por disposición legal expresa se excluyan.

Por la misma razón solicita que no se de aplicación a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, por cuanto a su juicio dichas reglas allí expedidas deben ser aplicadas a derechos pensionales adquiridos por maestros vinculados con anterioridad a la ley 812 de 2003 pero pensionados con las reglas de la ley 33 de 1985, ya que a estos por remisión normativa del artículo 1 de la ley 62 de 1985, se les deberá liquidar su mesada pensional con arreglo a los factores que específicamente se encuentren dentro del listado que allí se indica, siempre y cuando sobre ellos se haya cotizado la Seguridad Social en pensiones.

² Fl. 50-53

³ Fl. 36

⁴ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

En consecuencia, toda vez que afirma que el demandante obtuvo su derecho pensional con arreglo a la ley 71 de 1988, y que dicha norma tiene su propio desarrollo jurisprudencial, con fundamento en varios artículos de la Carta política, señala que con ocasión de los mismos y en virtud de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989 y la Ley 71 de 1988, la entidad demandada expidió los actos demandados con infracción a las normas de carácter superior en que deberían fundarse, que en consecuencia estarían viciados de nulidad, y que así debería declararse para el caso de autos, y proceder al restablecimiento del derecho del demandante.

Respecto a los descuentos en salud, señaló que la entidad transgrede con los actos expedidos el Decreto 1073 de 2002, por lo contenido en él. Como fundamentos de orden interpretativo, alude que la situación por el expuesta ante esta sede judicial desconoce el derecho a la igualdad de los pensionados referido en la Sentencia C-461 de 1995 la cual cita, apoyándose también en conceptos de expedidos por el entonces Ministerio de la Protección Social y de la Superintendencia de Salud.

Así mismo manifiesta que la actuación de la Fiduprevisora S.A. viola el principio de legalidad estudiado por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009 y solicita por todo lo anterior que se accedan las pretensiones de la demanda.

2.6.2 La parte demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.:

Presentó sus alegatos por escrito y en término, mediante memorial allegado al despacho por correo electrónico, en el que expresó que la Fiduciaria la Previsora S.A. actúa únicamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo constituido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en virtud del contrato de fiducia suscrito con la entidad. De manera que, con fundamento en lo anterior, aunque los recursos administrados provienen del FOMAG, sólo el fideicomitente (Ministerio de Educación) puede disponer de ellos.

Respecto a los descuentos por concepto de salud la entidad se permite manifestar que por autoridad de la ley es el FOMAG la entidad autorizada a descontar el 5% de las mesadas devengadas por los docentes, inclusive sobre las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.

En consecuencia, luego de reseñar el régimen prestacional de los docentes oficiales contenido por las leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, señala tanto la legalidad de los

descuentos realizados, como la improcedencia de la devolución de aportes sobre mesadas pensionales. Esto último citando una providencia de tutela expedida por el Consejo de Estado en donde se argumentó que no obstante haberse prohibido el descuento sobre mesadas adicionales mediante Decreto 1073 de 2002, esta norma no aplica al régimen prestacional docente por resultar este una excepción al sistema General de Seguridad Social en Pensiones consagrado por la Ley 100 de 1993, situación que se reafirma en las disposiciones del Acto Legislativo No. 01 de 2005.

Por último, sostiene que esta situación conforme se expuso no contraviene el principio de Solidaridad, definición que se permite citar con ocasión de la sentencia T-126 de 2000. Así solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

3. CONSIDERACIONES

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

3.1.- Problema Jurídico por resolver

Advierte el Despacho que el punto de disenso en primer orden se circunscribe en establecer si hay lugar a declarar la nulidad parcial de la Resolución 9697 de 15 de diciembre de 2017 por medio de la cual se ajusta una reliquidación de pensión de Jubilación por aportes a favor de la señora Carmen Elisa Ramos Jiménez.

Resuelto lo anterior se debe determinar si la demandante tiene derecho a que se incluya como base de liquidación de la pensión de jubilación reconocida a su favor los factores devengados por ella durante el último año de servicios.

También, si hay lugar a la devolución de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la prestación reconocida a las demandantes y si hay lugar a suspender los descuentos por salud sobre la mesada adicional de diciembre de cada año.

Y por último, si hay lugar a que la entidad deba reconocer y pagar las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de las mismas, así como los intereses de mora sobre las sumas adeudadas y el valor de la indexación correspondiente junto

con la devolución de las sumas descontadas en exceso para salud en las mesadas adicionales.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas y normativas y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial y las alegaciones expuestas.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) Régimen pensional docente, ii) Sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado iii) De los Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales, iv) Del cambio de criterio en relación con los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales y v) Caso concreto.

3.1 Régimen pensional docente: El H. Consejo de Estado, en reiterados pronunciamientos, ha señalado que si bien el Decreto 2277 de 1979 señala 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 acompaña 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 predicha 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 vigencia 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 a la 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 CARMEN ELISA RAMOS JÍMENEZ fue nombrada docente con antelación a la entrada en vigor de la última norma citada, esto es el 10 de junio de 1992.

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.

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

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 en 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 Ley 62 de 1985		Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 Ley 100 de 1993 Ley 797 de 2003 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 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	asignación básica gastos de representación primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación dominicales y feriados horas extras bonificación por servicios prestados por trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	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)
	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.		

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

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 (...).

3.3. De los Descuentos para salud sobre las 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 8º 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,

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.

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 cooperativas.¹¹

El artículo 81¹² de la Ley 812 de 2003 dispuso que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones que establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. La reforma introducida por la citada ley no puede considerarse que sustituyó el régimen pensional de los docentes, toda vez que el objetivo del inciso 4° del artículo 81 de dicha norma, fue fijar el porcentaje de cotización para pensión que debían aportar los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero desde ninguna óptica pretendió la vinculación de dichos docentes al Sistema General de Pensiones, pues tal remisión fue únicamente para establecer la tasa o porcentaje de cotización de los servicios de salud por parte de los pensionados, que en el régimen de los docentes era del 5%, porcentaje sustancialmente inferior al 12% que correspondía financiar a los afiliados del régimen general, cuya diferencia representaba un riesgo para el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud¹³; 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 últimos¹⁴.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988. Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

PARÁGRAFO. <Parágrafo parcialmente NULO> De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales."

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."

¹² 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.

¹³ Corte Constitucional – Sala Plena; Magistrado ponente, Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-369 de 27 de abril de 2004; Referencia: expediente D-4859.

¹⁴ Sentencia del 19 de octubre de 2017 proferida por la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. M.P. Jaime Alberto Galeano Garzón. Expediente: 11001-33-35-019-2016-00314-01.

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.

3.4. Del 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 del caso que nos ocupa, lo cierto es que en virtud de la autonomía judicial que le asiste al operador judicial en adelante acogerá el precedente aplicable por las Subsecciones A, E y F, con el propósito de armonizar el derecho fundamental a la igualdad, por cuanto por aplicación de los principios constitucionales de solidaridad, orden justo y de sostenibilidad financiera y fiscal del Sistema de Seguridad Social en Salud es el criterio que mejor se ajusta.

La Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en casos como el presente inicialmente accedía a las pretensiones de la demanda, pero en providencias recientes cambió su posición.¹⁵

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 pensionados¹⁶...”*

En el mismo sentido la Subsección F del mismo Tribunal¹⁷ también se acogió a la tesis de negar esta clase de pretensiones.

En razón de lo anterior, si bien este Despacho en anteriores casos similares al presente, venía acogiendo la tesis de que las deducciones por concepto de la prestación de servicios de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, tratándose de los docentes adscritos al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no eran procedentes, por cuanto no existía en el ordenamiento jurídico positivo disposición que permitiera efectuarlos, este Despacho en aplicación del precedente vertical, acoge la posición de las Subsecciones A, E y F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según el cual los descuentos realizados por La Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas adicionales de los pensionados

¹⁵ Providencia del 19 de octubre de 2017. Magistrado Ponente. Jaime Alberto Galeano Garzón. Expediente No.11001-33-35-019-2016-00314-01 (Oral)

¹⁶ en el siguiente sentido *“...Sin embargo, esta Corporación, en Sala de decisión mayoritaria acoge la posición conforme a la cual los descuentos realizados por La Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas adicionales de los pensionados docentes se encuentran ajustados a derecho, bajo la premisa de que dichas deducciones, al igual que aquellas realizadas en las mesadas ordinarias, están destinadas a la sostenibilidad de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se efectúan en virtud de un mandato legal y en observancia al principio de solidaridad que también rige este sistema...”*

Providencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019). Magistrada Ponente: Carmen Alicia Rengifo. Expediente: No. 2016-00156-01 (Oralidad)

¹⁷ En aquella ocasión mediante Providencia del 9 de noviembre de 2018. Magistrada Ponente. Beatriz Helena Escobar Rojas. Radicado:11-001-33-35-009-2015-00348-01 se sostuvo que *“...La Sala estima, luego de revisar los argumentos de la apelación, las pruebas obrantes en el expediente y la sentencia de primera instancia, que debe confirmar dicha providencia que denegó la pretensión de reintegro de las cotizaciones por salud efectuadas en las mesadas adicionales, considerando que la demandante se vinculó como docente antes del 27 de junio de 2003, razón por la cual le es aplicable el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989 que ordena de manera explícita el descuento sobre las mesadas pensionales, incluidas las adicionales...”*

docentes se encuentran ajustados a derecho, por las razones anteriormente expuestas.

3.5. CASO CONCRETO:

Una vez expuestos los argumentos legales y jurisprudenciales el Despacho entra a resolver el caso concreto.

Conforme se evidencia de las pruebas a la señora CARMEN ELISA RAMOS JIMÉNEZ le fue reconocida Pensión de Jubilación mediante Resolución No. 3299 de 7 de mayo de 2008¹⁸. También se encuentra acreditado en el expediente que la demandante adquirió su estatus de pensionada el día 17 de febrero de 2006¹⁹, pero que se retiró del servicio docente a partir del 17 de diciembre de 2015²⁰ y que durante el último año de servicio anterior a su adquisición de status de pensionada devengó los factores salariales de sueldo, prima especial, prima de servicio, prima de vacaciones y prima de navidad²¹. De acuerdo con lo expuesto, y de conformidad con la sentencia de unificación reseñada, al encontrarse vinculada con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen del es beneficiaria es el contemplado en la Ley 33 de 1985.

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 de sueldo, prima especial, prima de servicio, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad.

De este modo según la perspectiva expuesta, este despacho acoge lo expuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, en la cual se desvirtúan de manera clara y precisa los argumentos que anteriormente habían servido de base para ordenar la reliquidación pensional con todos los factores salariales cotizados por la actora, lo que a su vez implica, que se cierra el paso para retomarlos o esgrimirlos, pues, ya fueron considerados por la Alta Corporación, tal como quedó visto²².

¹⁸ Fls. 41-44.

¹⁹ Fl.42

²⁰ Fl.3

²¹ Fl. 15

²² Véase que la sentencia del Consejo de Estado, del 25 de abril de este año, dejó sentado que sus efectos aplican solo para las pensiones que están próximas a liquidarse o aquellas frente a las cuales están en curso demandas.

Por lo tanto, sería del caso entrar a analizar si los factores salariales solicitados en la demanda deben ser incluidos en su reconocimiento pensional atendiendo la nueva pauta jurisprudencial indicada por nuestro órgano de cierre.

Pues bien del Formato Único para expedición de certificado salariales se desprende que la demandante durante el último año de servicios previo al retiro definitivo del servicio, cotizó aparte de la asignación básica la prima especial, la prima de servicio, la bonificación decreto, la prima de dichos factores salariales solicitados por la parte actora, habida cuenta que en el certificado de factores salariales devengado en el último año de servicios por parte de la señora Carmen Ramos en la parte inferior se observa que el factor sobre el cual cotizó la actora para pensión fue la prima de vacaciones, de manera que al revisar con detenimiento el acto administrativo demandado concluye el despacho que el mencionado factor ya fue incluido en la Resolución sobre la cual se ajustó la pensión de jubilación por aporte de la actora.

Por lo tanto, NO resulta procedente acceder a las súplicas de la demanda, dado que sólo es posible ordenar la reliquidación de la pensión que goza la 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 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. Esto porque con base en lo señalado por el H. Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación, 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.

Con relación a los descuentos en salud, está demostrado que la demandante al ser beneficiaria 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, por cuanto el artículo 8º numeral 5 de la Ley 91 de 1989, establece que los descuentos realizados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales adicionales resultan obligatorias por ser valores que constituyen los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no solo son para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, sino también para la prestación de los servicios médico asistenciales para sus afiliados, por lo que resulta legal, justo y equitativo que quienes se sirven de estos beneficios contribuyan con la financiación

de los recursos necesarios para dicha cobertura, de acuerdo con el importe que la norma ha fijado para el efecto.

De otra parte, se resalta que la Ley 812 de 2003 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 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

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

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 1º de la Ley 62 de 1985, junto con los factores ya reconocidos, en aplicación del principio de favorabilidad.

También, considerando que, por las razones expuestas, 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 2018²³, de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia citada, encuentra este Despacho que nos encontramos frente al escenario de una pensionada vencida en juicio a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación sobre qué factores deben tenerse en cuenta para efectos de su liquidación o reliquidación pensional, la cual se presenta en desarrollo del trámite procesal.

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

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

²³ “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.”

Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

SEGUNDO: NEGAR el reintegro de los valores solicitados frente a la pretensión de descuentos en salud realizada sobre las mesadas pensionales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZA

JLPG

<p>JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA</p> <p>Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 5 de agosto de 2020 a las 8:00 a.m.</p> <p>_____</p> <p>Secretaria</p> <p>Hoy 5 de agosto de 2020 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.</p> <p>_____</p> <p>Secretaria</p>
