



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

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de 2021

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia Primera Instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2019-0006-00
Demandante:	RICARDO ARTURO SPINEL GÓMEZ
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL D PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -

Tema: Descuentos en salud docente – Reliquidación Pensión Jubilación

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 que en derecho corresponde conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: La parte demandante a través de apoderado judicial dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a fin de obtener la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución 12333 de 10 de diciembre de 2018 por medio de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. ajustó pensión de jubilación reconocida a su favor y negó la petición de suspensión de descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, así como la devolución de dineros retenidos por dicho concepto.

También solicitó la nulidad del acto ficto presuntamente negativo producto del silencio de la Fiduprevisora S.A. frente a la petición elevada por el demandante relativa a la solicitud de reintegro y devolución (SIC) de los descuentos efectuados con destino a seguridad social en salud sobre mesadas adicionales.

Como consecuencia de lo anterior y a título de Restablecimiento del Derecho la parte demandante pretende que las entidades demandadas reconozcan, ordenen y paguen a favor del señor Spinel Gómez la revisión y ajuste de la pensión reconocida a su favor, incluyendo los factores salariales devengados por concepto de PRIMA ESPECIAL, PRIMA DE SERVICIO Y PRIMA DE NAVIDAD a la fecha del reconocimiento de su estatus pensional.

Así mismo pretende la suspensión de los señalados descuentos, el reintegro de los valores descontados en exceso de las mesadas adicionales por cada año desde que se causó la prestación y hasta el momento del fallo, el pago de valores por concepto de indexación sobre las sumas pretendidas y la condena en costas a su contraparte.

2.2. Hechos. De los hechos expuestos en la demanda se extractan los siguientes:

- a. El demandante laboró como docente para la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y le fue reconocida pensión de jubilación por aportes mediante Resolución No. 7326 de 14 de diciembre de 2015.
- b. Señala que mediante peticiones radicadas el 4 de agosto de 2017 bajo los consecutivos E-2017-137193; 2017-PENS-470103 y 20170321614072 de 27 de junio del mismo año solicitó a las entidades demandadas el reintegro de los valores descontados por concepto de aportes para salud sobre las mesadas pensionales adicionales y la revisión y ajuste de la pensión de jubilación reconocida a su favor incluyendo la totalidad de factores devengados durante el año anterior a la fecha del reconocimiento de su estatus pensional.
- c. También, que la Secretaría de Educación de Bogotá-FOMAG mediante la Resolución 12333 de 10 de diciembre de 2018 ajustó la liquidación de la pensión de jubilación sin incluir los factores de PRIMA ESPECIAL, PRIMA DE SERVICIO Y PRIMA DE NAVIDAD y negando la suspensión de los descuentos en salud sobre mesadas adicionales, así como el reintegro de dichos valores al demandante. Por su parte, Fiduprevisora S.A. omitió responder lo relativo al

reintegro y devolución de valores pretendidos con ocasión de los descuentos sobre mesadas adicionales.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

Como normas violadas se citan los artículos 2,13,25,29,46,48,53,58 y 228 de la Constitución Política y las leyes 91 de 1989, 4 de 1992, 812 de 2003, 100 de 1993 Decreto 1073 de 2002.

El demandante señala como causal de nulidad de los actos acusados la violación a las normas citadas de orden constitucional. En ese sentido realiza un recuento norma por norma señalada y las razones por las cuales, a su juicio la entidad los ha vulnerado con la expedición de los actos acusados, sumado a breves apartes jurisprudenciales sobre la materia.

Sobre este punto, también expuso lo manifestado por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018 y la serie de subreglas que esta sentencia impone respecto de la reliquidación de la mesada pensional.

Respecto a los descuentos a salud sobre las mesadas adicionales, señala la vulneración del Decreto 1073 de 2002 como de la ley 812 de 2003 y varios fallos de la Corte Constitucional.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 15 de enero de 2019 y a través de providencia de 16 de agosto de 2019 se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia. Las partes demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fueron a su vez notificadas el 31 de enero de 2020 vía correo electrónico.

Las entidades demandadas contestaron en término la demanda, de acuerdo con la constancia secretarial visible en el expediente digitalizado¹. Allí la Fiduprevisora S.A. propuso las excepciones que denominó “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” “*legalidad de los actos acusados*” “*cobro de lo no debido*” y “*prescripción*”. Por su parte, el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – propuso las de “*legalidad de los actos acusados*”, “*cobro de lo no debido*” y “*prescripción*”.

¹ Ver documento 09 del expediente digitalizado.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 26 de febrero de 2021, el Juzgado atendiendo a lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 2080 de 2021, resolvió desfavorablemente la excepción previa de falta de legitimación en la causa propuesta por la Fiduprevisora S.A., y en consecuencia ordenó continuar el proceso.

Posteriormente, por auto de 16 de abril de 2021 este despacho corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada.

2.5. Alegatos de conclusión.

2.5.1 Alegatos parte demandante:

La parte demandante presentó alegatos de conclusión dentro del proceso señalando preliminarmente las normas que a su juicio estima vulneradas con la expedición de los actos administrativos demandados y solicitó se tuviera en cuenta a la hora del fallo el precedente señalado por el Consejo de Estado de fecha 19 de febrero de 2015 frente a lo que allí se señala en cuanto a la reliquidación de las pensiones reconocidas bajo la vigencia de la ley 71 de 1988.

También consideró necesario tener en cuenta el precedente indicado en la Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019 expedida por la misma corporación, Sección Segunda, frente a los factores para tener en cuenta a la hora de la liquidación de la mesada pensional.

Adicionalmente cita abundante jurisprudencia constitucional y conceptos emitidos por la oficina jurídica del entonces Ministerio de la Protección social y la Superintendencia de Salud para concluir que la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación en la forma que señalan las normas que considera quebrantadas y que así mismo tendría derecho a la devolución de los aportes por concepto a salud que considera retenidos indebidamente de sus mesadas adicionales.

2.6.2 Alegatos parte demandada:

Presentó sus alegatos por escrito el cual fue allegado al correo electrónico del juzgado, dentro del cual luego de indicar que la Fiduprevisora S.A. actúa como vocera del patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que los dineros allí administrados no pueden ser objeto de disposición

por la entidad sin autorización del Ministerio de Educación como ente fideicomitente, manifiesta que cualquier pago con cargo a dicha entidad debe estar autorizado por el Ministerio de Educación.

También, señala respecto a los descuentos por concepto de salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre en la pensión de Jubilación, que la ley 91 de 1989 establece en su artículo 8 que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra conformado por los aportes que realizan los pensionados correspondientes al 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, con inclusión de las mesadas adicionales.

Es con ocasión de lo anterior que aclara que la entidad se haya facultada para descontar un porcentaje sobre las mesadas pensionales, incluyendo las adicionales. Aunado a ello, sostiene que aunque la ley 812 de 2003 prevé que el régimen de cotización será el establecido por la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, ello no se aplica a los docentes por cuanto pertenecen a un régimen especial exceptuado de la aplicación de la ley 100, y en consecuencia, no les aplica lo normado por el Decreto 1073 de 2002, el cual reglamenta los descuentos permitidos sobre mesadas pensionales en el régimen de prima media y prohíbe realizar esta clase de descuentos sobre mesadas adicionales.

Así las cosas, solicitó se negaran las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la demandante.

2.6.3 Concepto del Ministerio Público: La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

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.

Consiste en determinar si hay lugar a declarar la nulidad parcial de la Resolución 12333 de 10 de diciembre de 2018 por medio de la cual la Secretaría de Educación del Distrito Capital y el FOMAG ajustó la pensión de jubilación por aportes reconocida a favor del demandante y a su vez negó la solicitud de suspensión y reintegro de los descuentos efectuados con destino al sistema de seguridad social en

salud sobre las mesadas adicionales. También si hay lugar a declarar la existencia y posteriormente la nulidad del acto ficto presuntamente negativo por medio del cual la Fiduprevisora S.A. negó la petición hecha por el demandante en el mismo sentido.

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior si el demandante tiene derecho a que se reliquide la prestación reconocida con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados al momento de la adquisición de su estatus pensional y el reintegro de los valores descontados en exceso con destino a Salud sobre las mesadas adicionales por cada año desde la causación de la pensión.

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 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 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 2° 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 RICARDO ARTURO SPINEL GÓMEZ fue nombrado docente con antelación a la entrada en vigor de la última norma citada, esto es el 17 de julio de 2000².

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 2019³, 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

² Ver Resolución 7326 de 14 de diciembre de 2015, allegada junto con la demanda, Archivo 01 Expediente Digitalizado.

³ 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

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 en vigencia de la Ley 812 de 2003.
Normativa aplicable	Normativa aplicable
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994
Requisitos	Requisitos
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 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%⁴ (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)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 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 <p>(Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)</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>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 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
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se		

⁴ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

	les aplica este régimen gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994)
--	---	--	---

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 5⁵ de la Ley 43 de 1984⁶ prohibió los descuentos sobre la

⁵ 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

⁶ 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.

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 2002⁷, en el artículo 10⁸ 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 cooperativas.⁹

El artículo 81¹⁰ 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,

⁷ Por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988.

⁸ "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 reglamentos 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."

⁹ 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."

¹⁰ 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.

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 Salud¹¹; 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 últimos¹².

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 7° 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.”

¹¹ Corte Constitucional – Sala Plena; Magistrado ponente, Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-369 de 27 de abril de 2004; Referencia: expediente D-4859.

¹² 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.

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.¹³

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*¹⁴...”

¹³ Providencia del 19 de octubre de 2017. Magistrado Ponente. Jaime Alberto Galeano Garzón. Expediente No.11001-33-35-019-2016-00314-01 (Oral)

¹⁴ 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)

En el mismo sentido la Subsección F del mismo Tribunal¹⁵ y el Tribunal Administrativo de Sucre¹⁶, también se acogieron a la tesis de negar esta clase de pretensiones.

En razón de lo anterior, si bien este Despacho con anterioridad 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, en aplicación del precedente vertical, acoge la posición de las Subsecciones A, E y F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como también la tesis de otras Colegiaturas anteriormente mencionadas, 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.

3.7. CASO EN CONCRETO.

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

Para el presente caso, se tiene por probado que la Secretaría de Educación de Bogotá, a través de la Resolución No. 7326 de 14 de diciembre de 2015 reconoció a favor del demandante Pensión de jubilación por aportes a partir del 11 de diciembre de 2014 recibiendo una mesada por valor de tres millones doscientos ochenta y dos mil trescientos noventa y tres pesos (\$3.282.393) Moneda Corriente.

También se encuentra acreditado en el expediente que el demandante adquirió su estatus de pensionado el día 11 de diciembre de 2014 y que durante el último año de

¹⁵ 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 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 que ordena de manera explícita el descuento sobre las mesadas pensionales, incluidas las adicionales...”

¹⁶ En aquella ocasión, el Tribunal manifestó entre otros aspectos lo siguiente:

“resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad, se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado, el que a su vez hace parte del Sistema General de la Seguridad Social, so pena de afectar el componente macroeconómico de la economía nacional, concretamente, el soporte financiero del sistema y crear desigualdad, entre quienes hacen los aportes al mismo, que como se ha visto, son contribuciones tributarias para el sostenimiento de los fines del Estado”.

Sincelejo, ocho (08) de febrero de dos mil diecinueve (2019) Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY, RADICACIÓN: 70-001-33-33-002-2015-00238-01

servicio anterior a la adquisición de dicho estatus devengó los factores de asignación básica, sobresueldo, prima especial, recargos por doble/triple jornada adicional, bonificación Decreto 1272, bonificación salarial, prima de servicios docente, prima de navidad y de vacaciones.

A pesar de lo anterior y de conformidad con la sentencia de unificación reseñada, al encontrarse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen del cual es beneficiario es el contemplado en la Ley 33 de 1985 y como quiera que en el presente proceso se observa que lo pretendido en esta sede judicial 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, corresponde analizar si los factores salariales solicitados deben ser incluidos en su reconocimiento pensional atendiendo la nueva pauta jurisprudencial indicada por nuestro órgano de cierre.

Concretamente el señor Spinel Gómez pretende le sean incluidos en la liquidación de su mesada pensional los factores de prima especial, prima de servicio y prima de navidad.

Según lo anterior, es forzoso concluir que se puedan incluir la totalidad de los factores salariales solicitados teniendo en cuenta que en el expediente no funge prueba alguna que sobre estos el demandante cotizó con destino a pensión en el año anterior al retiro del servicio, a excepción de la prima de vacaciones que ya fue incluida como factor salarial para liquidar la pensión de jubilación a su favor como se observa en la Resolución 12333 de 10 de diciembre de 2018 la cual incluyó dicho factor a partir del 11 de diciembre de 2014.

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 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 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, junto con el relativo a la Bonificación Decreto ya reconocida. 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 el señor Ricardo Spinel Gómez, 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, por cuanto el artículo 8° 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 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.

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.

4.0. Costas y agencias en derecho

Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018¹⁷, 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.

¹⁷ “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)

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.

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

MARÌA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZ

JLPG

Firmado Por:

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA 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:

61af4d9f9a184e35fa02e3c3a44a9d6f5a2c359dbc9cbb1f0f89e2b8f5fb6e4f

Documento generado en 31/05/2021 03:49:58 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>