

**JUZGADO NOVENO (9) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCCIÓN SEGUNDA**



Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	11001-33-35-009-2019-00079-00
Demandante	MARTHA CECILIA PLAZAS CAMARGO
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto	SENTENCIA

Están las diligencias al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos de los artículos 13 del Decreto 806 de 2020 y 42 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso iniciado por Martha Cecilia Plazas Camargo contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag.

Antecedentes

1. La demanda y su contestación

1.1 Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), la accionante solicitó:

***“PRIMERO:** Solicito que se declare la **NULIDAD PARCIAL** de la Resolución número 353 del 22 de enero de 2019, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá D.C., mediante la cual SE ORDENA LA RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN y a su vez niega la petición de reintegro y suspensión de los descuentos realizados por salud a mi representada.*

***SEGUNDO:** Solicito que se declare la **NULIDAD del ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO, originado por el silencio administrativo**, ya que mediante oficio 20180871253231 del 13 de agosto de 2018 proferido por la Directora de Afiliaciones y Recaudos- Fiduciaria La Previsora S.A., se dio respuesta parcial a la solicitud número 20180322210212 de fecha 02 de agosto de 2018, en el sentido de allegar los extractos de pagos pero no se pronunció sobre la petición de reintegro y devolución de descuentos efectuados por concepto de Seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales.*

***TERCERO:** Solicito que como consecuencia de la declaratoria de **NULIDAD PARCIAL** de la Resolución número 353 del 22 de enero de 2019 y de la **NULIDAD DEL ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO**, originado por el silencio de la administración, proferido*

por **La Fiduciaria La Previsora S.A.**, se **CONDENE** a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOGOTÁ D.C.**, y **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, respectivamente, a proferir el acto administrativo que **RECONOZCA Y PAGUE** a favor de mi poderdante:

3.1. La revisión y ajuste de la pensión jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados por mí representada en el año anterior al retiro del servicio, esto es del 06 de julio de 2015 al 05 de julio de 2016, **incluyendo para el efecto además de los ya reconocidos, también, LA PRIMA DE NAVIDAD, LA PRIMA DE SERVICIOS, Y LA PRIMA ESPECIAL.**

3.2. El Reintegro de 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.

3.3. Ordenar a las entidades demandadas **SUSPENDER** los descuentos por Seguridad Social (salud) sobre la mesada pensional adicional de diciembre de cada año que se cause a partir de la sentencia.

CUARTO: Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor de mí poderdante, el valor de los reajustes que se causen por los conceptos referidos en los numerales anteriores, desde el momento en que se le reconoció esta pensión, descontando lo que ya se haya cancelado.

QUINTO: Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar la **INDEXACIÓN** sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de la reliquidación pensión jubilación, referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el **DANE** desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.”

1.2 Fundamentos fácticos

El demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos relevantes:

- 1.2.1. Nació el 29 de junio de 1959 y se vinculó como docente oficial, cotizando al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el '09 de agosto de 1996 hasta el 5 de julio de 2016.
- 1.2.2. Mediante Resolución 8745 de 23 de diciembre de 2014, el Fomag le reconoció pensión de jubilación, efectiva a partir del 18 de septiembre de 2014, en la que se incluyeron únicamente los factores salariales de asignación básica y prima de vacaciones.
- 1.2.3. Desde el primer pago de mesadas le vienen efectuando descuentos para E.P.S. (salud), sobre las mesadas adicionales.

- 1.2.4. El 18 de octubre de 2018, radicó petición ante el FOMAG, en la que solicitó la reliquidación y reajuste de su pensión de jubilación, debido a que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados al momento de adquirir el estatus pensional; asimismo pidió el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud aplicados en las mesadas adicionales.
- 1.2.6. El FOMAG profirió la Resolución 353 de 22 de enero de 2019, por medio de la cual reajustó la pensión de jubilación; sin embargo, excluyó los factores salariales denominados: prima de servicios, prima especial y prima de navidad. También negó el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de salud.
- 1.2.7. El 2 de agosto de 2018, radicó petición ante la Fiduprevisora S.A., en la que solicitó el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud aplicados en las mesadas adicionales, sin que a la fecha de presentación de la demanda se le hubiera dado respuesta de fondo (Pues con el oficio No.20180871253231 del 13/08/10 contesto solo frente a la expedición de extractos de pago donde se evidencian los valores recibidos descuentos efectuados y fecha de pago, pero guardo silencio respecto frente a los descuentos por salud realizados a las mesadas adicionales).

1.3. Fundamentos de derecho

Invocó como violados los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política de Colombia, así como las Leyes 57 y 153 de 1887, Leyes 33 y 62 de 1985, Leyes 91 de 1989, 4 de 1992, 60 de 1993, 115 de 1993, 812 de 2003 y 100 de 1993, entre otros.

Manifestó que la actora fue vinculada como docente al Magisterio Oficial y está cotizando al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde el 09 de agosto de 1996, es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, razón por la cual de conformidad con lo establecido en el artículo 15 numeral primero Ley 91 de 1989, se le debe reconocer y liquidar la pensión de jubilación con un IBL del 75% equivalente al promedio mensual de todos los factores salariales del último año anterior al estatus pensional.

Afirmó que a la demandante no se le debe aplicar lo preceptuado en la Sentencia de

Unificación del 28 de agosto de 2018, pues es totalmente claro que la misma no cobija a los docentes vinculados con anterioridad al 26 de junio de 2003.

Finalmente, explicó que la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente el descuento en las mesadas adicionales, al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que no contemplan dichos descuentos para salud en las mesadas adicionales; de lo que se deriva que un doble descuento no autorizado e ilegal en las mesadas adicionales constituye un abuso y bajo ningún pretexto desde el punto de vista fáctico, puede a ver descuentos de 14 mesadas por año cuando son 12 meses de servicio y no siempre con adecuada cobertura y calidad, por cuanto los pensionados tienen que sufragar servicios privados o planes complementarios de salud.

1.4. Escrito de contestación

El apoderado de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó escrito de contestación¹ en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Manifestó que, a través de Sentencia de Unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2018, Consejero Ponente: Dr. Cesar Palomino Cortés, se reinterpretó la aplicación del régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 y se aclaró el tema de los factores salariales que se deben incluir en el Ingreso Base de Liquidación, en el sentido de que serían únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

Sostuvo que, descendiendo al régimen especial de los docentes, dada la controversia presentada frente a los factores que se deben incluir en las pensiones, el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, cerró el debate acogiendo como regla interpretativa para esos casos, la dispuesta en la SU del 28 de agosto de 2018.

Agregó que, los descuentos realizados sobre las mesadas pensionales adicionales para financiar los servicios de salud de los docentes pensionados por FOMAG, que se vincularon al sector oficial educativo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2001,

¹ Escrito radicado el 13 de septiembre de 2019. Fl. 49-54

han venido siendo aplicados correctamente, pues hasta la expedición de dicha norma se estipuló la exclusión de esos descuentos.

Así las cosas, consideró que, si bien el monto para calcular la cotización se encuentra fijado en la Ley 812 de 2003, es la Ley 91 de 1989 la que regula el régimen pensional aplicable al caso del demandante, y en ella se autoriza el descuento del 5% sobre cada mesada adicional pensional devengada, incluyendo las adicionales, con el fin de financiar la prestación de los servicios de salud.

Finalmente, propuso las excepciones que denominó: “Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad” e “inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley”.

2. Trámite procesal

Con Auto del 26 de marzo de 2019 se admitió la demanda, únicamente en contra de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **excluyendo las pretensiones dirigidas en contra de la Fiduciaria La Previsora S.A.**

Luego, el 02 de marzo de 2020 se llevó a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, en la que el Juez consideró que las excepciones propuestas constituían argumentos de defensa que se analizarían en la Sentencia. De otra parte, señaló que no existía ninguna excepción que debiera ser analizada de oficio y decretó pruebas.

Posteriormente, una vez recaudada la prueba decretada, en virtud de la suspensión de términos que se dio entre los meses de marzo y junio de 2020 y de las previsiones del Decreto 806 de 2020, con proveído de 14 de septiembre de 2020, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, con el fin de dictar sentencia anticipada.

2.1 Alegatos de conclusión del demandante

La libelista en su escrito de alegaciones finales se ratificó en los argumentos expuestos en el escrito de la demanda.

Agregó que varios despachos Judiciales, de la Jurisdicción contencioso administrativa incluyendo el Consejo de Estado, han fallado a favor de empleados públicos que solicitaron la inclusión de la totalidad de los factores salariales en su pensión jubilación, indicando que si bien es cierto se demuestra que no se realizaron las cotizaciones de todos los factores salariales devengados, se reconoce el derecho a la reliquidación y la entidad encargada realiza los descuentos de cotizaciones pertinentes a los factores reconocidos.

En relación con los descuentos para salud sobre las mesadas pensionales adicionales, indicó que, desde el 2003 el régimen de cotización en salud a cargo del sector docente pensionado, es el mismo que se aplica para los destinatarios de la ley 100 de 1993, regidos por el régimen contributivo y así mismo por mandato expreso de la Ley 812 de 2003, por lo que no es dable otorgar un tratamiento diferente a los docentes oficiales pensionados pues este sector docente tiene derecho a la prestación de un servicio de salud especial según lo previsto en la Ley 91 de 1989, pero también lo es que el legislador con relación a los aportes pertinentes no previó normativa distinta a lo común.

Así las cosas, sostuvo que las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud con la ley 812 de 2003, se remitieron tácitamente a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, las cuales no contemplan dichos descuentos, argumento que fue de igual forma ratificado por el Decreto 1833 de 2016 en el Artículo 2.2.8.5.1.

2.2 Alegatos de la entidad demandada

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada alegó de conclusión ratificándose en las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda.

Igualmente, manifestó que para el reconocimiento de las pensiones de vejez o jubilación e invalidez de los docentes habrá de atenderse a las pautas interpretativas fijadas en la Sentencia del 25 de abril de 2019, pues allí se pretendió delimitar los factores que debían incluirse en la liquidación de las pensiones, indistintamente de las contingencias que pretenda amparar.

Argumenta que, conforme a las sentencias de unificación del Consejo de estado, no es procedente la reliquidación pensional solicitada, pues no se encuentran cotizaciones frente a los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por lo que

no se cumplió con las previsiones de la sentencia de unificación. Así mismo, manifiesta que la accionante fundamenta su petición en la Ley 33 de 1985 y que dicha norma se encuentra derogada por la ley 62 de 1985.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Según se estableció en la audiencia inicial, al momento de fijar el litigio, el problema jurídico se contrae a responder las siguientes preguntas: *¿Tiene derecho la demandante a que su pensión de jubilación sea reliquidada con el 75% de la totalidad de factores salariales devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio y a que la entidad demandada suspenda los aportes efectuados con destino al sistema de seguridad social en salud sobre la mesada adicional de diciembre y reintegre los dineros que se han venido descontando por dicho concepto?*

2. De lo acreditado en el proceso

El Despacho encuentra demostrados los hechos de la demanda con documentos que se valoran según los artículos 246 y 257 del CGP, dentro de los cuales se resaltan:

- 2.1. Copia de la cedula de ciudadanía del accionante, según la cual nació el 29 de junio de 1959.
- 2.2. Resolución 8745 de 23 de diciembre de 2014, mediante la cual, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en nombre y representación de la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a la accionante pensión de jubilación, a partir del 18 de septiembre de 2014, incluyendo en la liquidación pensional la asignación básica y la prima de vacaciones.
- 2.3. Petición radicada el 18 de octubre de 2018, en la que la demandante solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la reliquidación de su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores de salario devengados en el año anterior al cumplimiento del estatus pensional; así como el reintegro del valor de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre de cada año.

- 2.4. Resolución 353 del 22 de enero de 2019, a través de la cual, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en nombre y representación de la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidó la pensión de jubilación del actor, a partir del 05 de julio de 2016, incluyendo en la liquidación pensional, además de la asignación básica y la prima de vacaciones, la bonificación decreto. Por otro lado, negó la solicitud de reintegro del valor de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre de cada año.
- 2.5. Certificado laboral expedido el 14 de agosto de 2018, por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en el que consta que la actora se vinculó como docente oficial a partir del 09 de agosto de 1996;
- 2.6. Resolución No. 4740 del 16 de junio de 2016 mediante la cual se acepta una renuncia, en la cual consta que la actora laboró hasta el 05 de julio de 2016.
- 2.7. Certificado de salarios, expedido el 14 de mayo de 2018, por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en el que se evidencian los factores salariales que devengó la accionante dentro del año anterior al retiro del servicio, esto es del 4 de julio de 2015 al 4 de julio de 2016, dentro de los cuales están: **asignación básica, prima especial, bonificación decreto, prima de navidad y prima de vacaciones.**
- 2.8. Extractos de pago realizados por la Fiduciaria La Previsora S.A., al demandante, desde el 31 de enero de 2017 hasta el 30 de junio de 2020, en los que consta que mensualmente se le hacen descuentos sobre la mesada pensional con destino al “servicio médico”, incluso sobre la mesada adicional de diciembre.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1. Régimen pensional aplicable al demandante

La **Ley 91 de 1989**, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dispuso en el artículo 15 que “*Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las*

prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes”.

Posteriormente, la **Ley 100 de 1993**, en su artículo 279, consagró las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social, así:

*“**Artículo 279. Excepciones.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

Así mismo, se exceptúa a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)” (Negrilla del Despacho)

Por su parte, la **Ley 812 de 2003**, en su artículo 81, inciso 2º, dispone que: *“Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”.*

La anterior norma fue reglamentada en el **Decreto 3752 de 2003**, que en su artículo 3º dispone: *“la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente (...)”*

Así las cosas, como el demandante se vinculó al servicio docente el 9 de agosto de 1996, esto es, antes del año 2003, no le es aplicable la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, el régimen pensional que le cobija es el dispuesto en la Ley 33 de 1985, pues en esta materia, los docentes no gozan de ninguna especialidad en su tratamiento², ya que la Ley 812 de 2003 remite a las disposiciones que regían con anterioridad y las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, no consagraron un régimen especial en pensiones de jubilación.

² Al respecto, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, en sentencia del veintitrés (23) de febrero de 2006, M.P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante, Radicación Interna No. 1406-04.

Aclarado lo anterior, tenemos que la **Ley 33 de 1985**, dispuso en su artículo 1º, que el empleado oficial que sirva, o haya servido, veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Ahora, la **Ley 62 de 1985**, “*Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985*”, en su artículo 1º, dispone:

“Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de previsión deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional:

Asignación Básica,

Gastos de Representación

Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación

Dominicales y feriados

Horas extras

Bonificación por servicios prestados

y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Destacado fuera de texto original).

Sobre el tema, **específicamente respecto de los docentes oficiales**, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de unificación de 25 de abril de 2019³, definió las reglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en la pensión ordinaria de jubilación y vejez de los docentes oficiales afiliados al FOMAG, precisando en primer término que si bien la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, no constituye precedente frente al régimen pensional del magisterio, lo cierto es que resulta imperioso tener en cuenta la *segunda subregla* allí contenida relativa a los factores que se deben incluir en el IBL para determinar la mesada pensional a la luz de la Ley 33 de 1985, según la cual, ***“en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.*”** (Destacado fuera del texto original)

³ Sentencia de unificación - Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Consejero Ponente: César Palomino Cortés – Expediente No.680012333000201500569-01, N.º Interno 0935-2017. Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag -

Por consiguiente, sentó jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta 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, así:

“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 los factores 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”. (Destacado fuera del texto original)

Aunado a lo visto, la Alta Corporación señaló que los efectos de la sentencia de unificación, constituye precedente vinculante y obligatorio y se debe acatar en forma retrospectiva, es decir, en todos los casos pendientes de solución sea en vía judicial o administrativa, sin que sea posible invocar el principio de igualdad.

En este orden de ideas, es claro que la liquidación de la pensión del actor, conforme a la Ley 33 de 1985, debía hacerse en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que **sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios o del estatus pensional.**

En este punto, advierte el Despacho que al demandante se le liquidó su pensión de jubilación con el 75% de la asignación básica mensual, la bonificación decreto y la prima de vacaciones; sin embargo, pretende en esta oportunidad que se incluyan las primas la prima de servicios, especial y de navidad, respecto de las cuales no acreditó haber realizado aportes para pensión, razón por la que, en este aspecto, se negarán las pretensiones de la demanda.

3.2. Descuento para salud sobre las mesadas pensionales adicionales

La **Ley 43 de 1984**, “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”, estableció la no procedencia del descuento sobre la mesada adicional de diciembre, de la siguiente manera:

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

Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente Ley tendrán las exenciones tributarias de ley.” (Resaltado fuera de texto original).

Esta prohibición fue reiterada por el Decreto **1073 de 2002**, “*por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988*”, que precisó:

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

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” (Resaltado fuera del texto original).

Frente al descuento a la mesada de junio, el Consejo de Estado⁴ declaró nulo el referido parágrafo, al vislumbrar que el Gobierno había excedido su potestad reglamentaria, en tanto que, a diferencia de lo que ocurría con la mesada adicional de diciembre, no había norma legal que impidiera realizarlo.

Sin embargo, esos descuentos por salud sobre las mesadas adicionales fueron objeto de pronunciamiento por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Alta Corporación, con ponencia del Magistrado Dr. Augusto Trejos Jaramillo, en el concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997, en el que indicó:

“Las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste”. (Resaltado fuera de texto original).

⁴ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “A”; Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero (E); Sentencia de 3 de febrero de 2005; Radicación número: 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02).

En conclusión, en el régimen general, las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino de pagos al sistema general de seguridad social en salud.

En este punto, considera el Despacho que, con la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989 desde la fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003 (*27 de junio de 2003*) y con base en el Concepto antes referido, el régimen general en materia de descuentos pensionales para salud, resulta aplicable a los docentes oficiales, en el entendido que se hizo extensivo a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aclarado lo anterior, en el *sub examine* se encuentra probado que, a la demandante desde la fecha de efectividad de su pensión, la Fiduciaria La Previsora S.A. mensualmente le ha hecho descuentos con destino al “servicio médico”, sobre la mesada pensional adicional de diciembre, el cual no tiene fundamento legal, razón por la que deberán ser reintegrados.

Ahora bien, en cuanto al fenómeno jurídico de la **prescripción**, tenemos que la pensión de la demandante se hizo efectiva desde el 18 de septiembre de 2014, conforme a la Resolución No. 08745 del 23 de diciembre de 2014, de lo que se deriva que en ese mismo año se efectuó el primer descuento con destino a salud sobre la mesada pensional de la actora; empero hasta el 02 de agosto de 2018 solicitó la devolución y suspensión de los descuentos en salud, y posteriormente, el 28 de febrero de 2019, antes de transcurridos 3 años de la petición, radicó la presente demanda.

En ese orden de ideas, y con fundamento en lo preceptuado en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, hay lugar a declarar la prescripción de los descuentos efectuados con anterioridad al 02 de agosto de 2015.

4. Conclusión

Se declarará la nulidad parcial del acto administrativo acusado, únicamente en cuanto negó al demandante la devolución de los descuentos por concepto de salud, efectuados a las mesadas adicionales del mes de diciembre.

En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reintegrar a favor de la actora, el valor debidamente actualizado, de los descuentos realizados por concepto de salud sobre la mesada adicional de diciembre, con efectos fiscales desde el 02 de agosto de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, en los términos previstos en el artículo 187 del CPACA, disponiendo el cumplimiento de la sentencia conforme a lo previsto en los artículos 192, 194 y 195 ibídem. Igualmente, se le ordenará a la demandada que se abstenga de continuar efectuando dichos descuentos.

5. Condena en costas

Finalmente, el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 188, y el artículo 365 del CGP, establecen la posibilidad de condenar en costas, si hubiere lugar a ello; sin embargo, en el caso concreto las pretensiones se accederán solo parcialmente y además no se observa que la entidad encausada haya actuado de mala fe, o abusando del ejercicio de sus derechos procesales, o con temeridad; por lo tanto y conforme con lo expuesto no se condenará en esta instancia procesal.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, D.C, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción de los descuentos de salud causados con anterioridad al 02 de agosto de 2015, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad **parcial** de la Resolución número 353 del 22 de enero de 2019 proferida por la Secretaria de Educación de Bogotá en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, en cuanto negó a la actora la suspensión y reintegro de los descuentos efectuados para salud sobre las mesadas adicionales.

TERCERO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho, a la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del**

Magisterio, a **REINTEGRAR** a favor de Martha Cecilia Plazas Camargo, identificada con cédula de ciudadanía 39.521.097, el valor de los descuentos realizados por concepto de salud sobre la mesada pensional adicional de diciembre aplicando el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de los descuentos efectuados con anterioridad al 02 de agosto de 2015; además deberán abstenerse de seguir efectuando los mencionados descuentos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Dese cumplimiento a la sentencia, dentro de los términos previsor en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: REMÍTASE copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.C.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

colombiapensiones1@gmail.com;

notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co;

procesos@defensajuridica.gov.co

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia **ARCHIVASE** el expediente, previas las constancias de rigor.

NOVENO: Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en one drive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO

Jueza

MBG

Firmado Por:

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 009 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: **184b3d4811e3c2ca626d6d5ae4fed6eeb2ae10b3754918dfcf9936c4abf25341**

Documento generado en 30/04/2021 10:36:31 AM

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