



JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Segunda

Carrera 57 N.º 43-91, CAN. Edificio Aydee Anzola Linares, Piso 4º

Correo electrónico: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Microsite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-16-administrativo-de-bogota>

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de 2022

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia Primera Instancia
Radicación:	Nº 11001-33-35-016-2020-0224-00
Demandante:	EDELMIRA CLAVIJO DE ROMERO
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUPREVISORA S.A.

Tema: Descuentos en salud sobre mesadas adicionales

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 que se declare la existencia y posterior nulidad del Acto Ficto Presuntamente negativo con ocasión de la petición elevada el 25 de octubre de 2019 ante la FIDUPREVISORA S.A., con radicado No. 20190323819262.

De la misma manera, para que se declare la existencia y posterior nulidad del Acto Ficto Presuntamente negativo con ocasión de la petición elevada el 17 de octubre de 2019 ante el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL con radicado 2019-ER306604.

Como consecuencia de lo anterior y a título de Restablecimiento del Derecho la parte demandante pretende la suspensión de los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales devengadas por la demandante, el reintegro de los valores descontados en exceso de las mesadas adicionales por este concepto, así como el pago de ajustes de valor sobre estas sumas y la condena en costas a la entidad demandada.

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

- a. la 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 mediante Resolución No. 0820 de 15 de abril de 1999.
- b. Señala que mediante petición elevada el 25 de octubre de 2019 ante la FIDUPREVISORA S.A., con radicado No. 20190323819262, solicitó la suspensión

de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales y la devolución de los valores descontados por dicho concepto, sin obtener respuesta.

- c. De la misma manera, que el 17 de octubre de 2019 realizó petición similar ante el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL con radicado 2019-ER306604, sin obtener respuesta, pues dicha entidad sólo remitió por competencia la solicitud de la demandante.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

Como normas violadas se citan los artículos 2,4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49 y 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política, como también el artículo 10 Código Civil, la ley 4/66 y su Decreto reglamentario 1743/66. Ley Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969, la Ley 91 de 1989 y el artículo 81 de la ley 812 de 2003

El demandante señala por concepto de la violación, que los actos demandados son nulos por violación de la constitución y la ley, luego de realizar una serie de precisiones respecto a la configuración de los actos administrativos demandados, la competencia para conocer del presente asunto, la no caducidad de la presente acción y el agotamiento de la conciliación previa como requisito de procedibilidad.

Adicionalmente la demandante señala que los actos demandados también vulneran la posición jurisprudencial de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante providencia citada de manera extensa, así como en contravía de lo señalado por el tribunal Administrativo de Cundinamarca en varios fallos que también trajo a colación.

Todo ello para concluir que no existe ninguna norma que faculte a la Fiduciaria La Previsora S. A, a realizar descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la demandante, razón por la cual reprocha las actuaciones de la parte demandada señalando de ilegal su actuar.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 24 de agosto de 2020 y a través de providencia de 1 de febrero de 2021 se admitió la misma vinculándose a la Secretaría de Educación Distrital. Las partes demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fueron a su vez notificadas el 14 de enero de 2022 vía correo electrónico.

Las entidades demandadas contestaron en término la demanda, proponiendo la Secretaría de Educación la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva resuelta por auto de 29 de agosto de 2022. Posteriormente, por auto de 18 de octubre de 2022 este despacho fijó el litigio objeto del presente proceso y corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días.

2.4.1 Contestación de la demanda Ministerio de Educación -FOMAG-

Esta entidad contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, describiendo el fundamento normativo de los descuentos a salud sobre las mesadas devengadas por los docentes y señalando como argumentos de defensa que el régimen salarial y prestacional de los docentes, en materia de cotizaciones con destino al sistema de seguridad social en salud, como también la Jurisprudencia del Consejo de Estado son pacíficos en afirmar que las mismas son definidas por la ley como una contribución parafiscal definida como gravamen con carácter obligatorio, como también la ausencia de norma alguna que prohíba el descuento por dicho concepto sobre las mesadas adicionales

2.5. Alegatos de conclusión.

2.5.1 Alegatos parte demandante: presentó sus alegatos por escrito allegado a este despacho, visibles en el archivo 36 del expediente digital.

2.6.2 Alegatos parte demandada: presentó sus alegatos por escrito allegado a este despacho, visibles en el archivo 37 del expediente digital.

2.6.3 Concepto del Ministerio Público: el delegado 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 2° y 156 numeral 2° de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico.

Tal como quedó planteado por auto de 18 de octubre de 2022, Corresponde al despacho establecer si para el caso de autos se configura la existencia y luego la nulidad del acto ficto presuntamente negativo producto del silencio administrativo de la fidupervisora S.A frente a la petición radicada el 25 de octubre de 2019 con radicado N° 20190323819262, como también la existencia y nulidad del acto ficto presuntamente negativo producto del silencio administrativo del Ministerio de Educación frente a la petición radicada el 17 de octubre de 2019 N° 2019-ER-306604.

También, si como producto de lo anterior debe condenarse a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUPREVISORA S.A. a cesar el descuento del 12% con destino al sistema de salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. Adicionalmente, si deberá condenarse a las demandadas al pago de ajustes de valor sobre tales sumas de dinero [SIC], al cumplimiento del fallo y al pago de costas a favor de la demandante.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) De los Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales, ii) Sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado y iii) Caso concreto.

3.2. De los Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales. En primer lugar, el artículo 5¹ de la Ley 43 de 1984² prohibió los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

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

¹ 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

² 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.

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002³, en el artículo 10⁴ 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.⁵

El artículo 81⁶ 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 Salud⁷; 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 últimos⁸.

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.

³ Por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988.

⁴ "ARTÍCULO 10. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

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

PARÁGRAFO. <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."

⁵ 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."

⁶ 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.

⁷ Corte Constitucional – Sala Plena; Magistrado ponente, Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-369 de 27 de abril de 2004; Referencia: expediente D-4859.

⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda Subsección E, Sentencia del 19 de octubre de 2017. M.P. Jaime Alberto Galeano Garzón. Expediente: 11001-33-35-019-2016-00314-01.

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.

3.3. De la sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre la materia.

El Consejo de Estado, mediante sentencia de Unificación de 3 de junio de 2021⁹ fijó la regla jurisprudencial según la cual “...*Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes...*”

Esto al concluir que tanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, como la Ley 812 de 2003, en su artículo 81 disponen el porcentaje de contribución sobre las mesadas adicionales con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Por otra parte, se concluyó que ni el inciso 6 del artículo 5 de la Ley 43 de 1984, ni el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002 son aplicables para definir la procedencia de los descuentos, ya que la primera norma señalada no tiene como destinatarios los docentes pensionados, y la segunda regula los descuentos de las mesadas adicionales destinados al pago de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, fondos de empleados y de las cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar.

En consecuencia, no deben suspenderse los descuentos de los aportes con destino a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes pensionados, como quiera que los mismos son procedentes en el porcentaje del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 o el señalado por las normas que lo modifiquen o adicionen, de conformidad con lo regulado por el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

3.4. CASO EN CONCRETO.

Para el presente caso, se tiene por probado que Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Resolución No. 0820 de 15 de abril de 1999 reconoció a favor de la demandante Pensión de jubilación y que de conformidad con la sentencia de unificación reseñada, cuya posición adopta este despacho, son procedentes los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud sobre mesadas adicionales, por las razones arriba enunciadas.

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

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, M.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Sentencia de 3 de junio de 2021 Expediente 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18)CE-SUJ-024-21

En este sentido, las pretensiones tampoco están llamadas a prosperar en relación con la pretensión de reintegro de los valores descontados por concepto de salud en las mesadas adicionales y en consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los ampara.

4. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia, 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.

Téngase en cuenta los correos electrónicos para efectos de notificar la anterior decisión: Notifíquese la presente providencia a los correos:

procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co; notificacionesjudiciales@mineducación.gov.co;
notjudicial1@fiduprevisora.com.co; t_juargas@fiduprevisora.com.co;
andrusanchez14@yahoo.es

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS
JUEZ

JLPG

Firmado Por:
Blanca Liliana Poveda Cabezas
Juez

Juzgado Administrativo
016
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **c6ded7f1175ff49310975357378535bbda2521f792fea4d5ef09b68bceac3716**

Documento generado en 14/12/2022 07:38:13 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>