

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Demandante : **LUZ ROSALBA TORRES DE POLO**
C.C. No. 23.273.395

Demandado : **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

Radicación : **110013342047- 2018-00370-00**

Asunto : **Reliquidación pensión de jubilación y reintegro aportes en salud sobre las mesadas pensionales adicionales**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Vencido el término establecido en providencia del 28 de septiembre de 2020 y según los parámetros normativos contenidos en el artículo 13 del Decreto Ley 806 de 2020, artículos 187 y 189 del CPACA, procede el Despacho a decidir en primera instancia, la demanda dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulado por el artículo 138 ibídem, promovida por la señora **LUZ ROSALBA TORRES DE POLO** actuando a través de apoderada especial, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE**

EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

La parte demandante solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES

1. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 6953 de 01 de agosto de 2018, por la cual la Secretaría de Educación de Bogotá, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el reajuste a la pensión de jubilación devengada por la demandante.
2. Se declare la nulidad del acto presunto negativo frente a petición elevada por la demandante ante la Fiduprevisora S.A., el 27 de diciembre de 2017 con radicado 20170323482582.
3. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a las entidades demandadas a:
 - Revisar y reajustar la pensión de jubilación devengada por la demandante, incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, esto es, del 03 de marzo de 2016 al 02 de marzo de 2017, incluyendo la prima especial, la prima de servicios y la prima de navidad.
 - Reintegrar todos los descuentos del 12% en salud sobre las mesadas adicionales desde el reconocimiento pensional hasta la ejecutoria de la sentencia.
 - Suspender los descuentos del 12% en salud sobre las mesadas adicionales.
 - Reconocer y pagar, de manera indexada, las diferencias adeudadas desde la adquisición del estatus de pensionada con aplicación del índice de Precios al Consumidor, descontando lo que ya se ha pagado.
 - Cumplir la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011.
 - Reconocer y pagar los intereses que se pudieren causar.
 - Pagar las costas del proceso.

1.1.3. HECHOS

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

Los principales hechos el Despacho los resume así:

1. La señora Luz Rosalba Torres de Polo nació el 08 de marzo de 1952 y laboró como docente al servicio del Estado desde el 15 de febrero de 1990 hasta el 02 de marzo de 2017.
2. Mediante la Resolución No. 0769 de 17 de marzo de 2011, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a favor de la demandante una pensión de jubilación.
3. Mediante la Resolución No. 298 de 27 de febrero de 2017, se aceptó la renuncia de la señora Luz Rosalba Torres de Polo.
4. Mediante la Resolución No. 6072 de 28 de agosto de 2017, se reliquidó la pensión de jubilación devengada por la señora Luz Rosalba Torres de Polo, incluyendo los factores salariales de sueldo, bonificación decreto y prima de vacaciones. En la reliquidación no se tuvieron en cuenta los factores de prima de servicios, prima especial y prima de navidad.
5. Desde el primer pago de la mesada pensional, a la demandante se le han realizado descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.
6. Con petición de 08 de mayo de 2018, la señora Luz Rosalba Torres de Polo, solicitó al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá, la revisión y reajuste de su pensión de jubilación para que se incluyeran todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios. También solicitó el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.
7. Mediante la Resolución No. 6953 de 01 de agosto de 2018, se reajustó la pensión de jubilación de la demandante, sin la inclusión de todos los factores salariales.
8. Con petición de 27 de diciembre de 2017, radicado 20170323482582, la demandante solicitó a la Fiduprevisora S.A., el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales adicionales.
9. La Fiduprevisora S.A., no ha realizado pronunciamiento alguno respecto a la petición de 27 de diciembre de 2017.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

1. CONSTITUCIONALES:

Artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228

2. LEGALES:

- Leyes 57 y 153 de 1887
- Leyes 33 y 62 de 1985.
- Ley 91 de 1989
- Ley 4 de 1992
- Decreto 1073 de 2002
- Ley 812 de 2003
- Ley 100 de 1993

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la parte demandante se extrae del acápite de *concepto de violación*, contenido en libelo introductorio de la acción, así:

- En lo que se refiere a las pretensiones de reliquidación pensional sostiene:

En virtud de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y de los preceptos constitucionales que consagran derechos como la igualdad, el debido proceso, la protección y asistencia de las personas pertenecientes a la tercera edad y la seguridad social, entre otros, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Fue por la inaplicación de lo establecido en el artículo 15 de la ley 91 de 1989 y de la aplicación indebida de las leyes 33 de 1985 y 812 de 2013, que la entidad accionada reliquidó indebidamente la pensión de jubilación devengada por la demandante, como quiera que en virtud de esas disposiciones el Consejo de

Estado, en sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010, radicado 25000232500020060750901(0112-09) concluyó que “es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario”, lo que conllevó a que la prestación devengada por la demandante se haya visto desmejorada.

- En cuanto a las pretensiones relacionadas con el reintegro por concepto de descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, indica:

Las entidades accionadas vulneraron lo dispuesto en el Decreto 1073 de 2002, por cuanto según el párrafo del artículo 1º “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”, lo que significa que ese descuento es ilegal.

Con fundamento en lo anterior, la demandante justifica la solicitud de nulidad de los actos administrativos acusados y el consecuente restablecimiento del derecho.

2.1.2 Demandadas:

La apoderada de las entidades demandadas presentó contestación a la demanda en tiempo, oponiéndose a las pretensiones al afirmar que a la demandante se le reconoció pensión de jubilación de acuerdo a la normatividad vigente, incluyendo la totalidad de los factores salariales aplicables y sobre los cuales se realizó cotización y los descuentos que se le realizaron sobre las mesadas pensionales son los autorizados por la ley.

Presentó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria La Previsora, la cual fue despachada desfavorablemente mediante auto de 28 de septiembre de 2020.

A su vez presenta la excepción de cobro de lo no debido en virtud de la sentencia SUJ-014 CE-S2-2019 del Consejo de Estado, M.P., CESAR PALOMINO CORTES. Al respecto, afirma que, en la sentencia referida, el Alto Tribunal señaló que para el caso de los docentes no es posible el reconocimiento de factores salariales sobre los cuales no se han realizado los aportes correspondientes. Al respecto, cita los artículos 15 de la Ley 91 de 1989 y 1º de la Ley 62 de 1985, para sostener que la base de liquidación de la pensión corresponderá a los factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Presenta también la excepción de inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica y afirma que en virtud de lo dispuesto las leyes 4 de 1966, 4 de 1976 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1968, todos los pensionados están en la obligación de realizar aportes por concepto de salud.

En lo que se refiere a los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales, indica que en virtud de lo previsto en el numeral 5° del artículo 8° de la ley 91 de 1989, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio está autorizado para realizar descuentos por salud sobre cada mesada pensional pagada, incluyendo las mesadas adicionales.

Por lo anterior, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

2.1.3 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado:

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a través del Director de Defensa Jurídica Nacional, presentó intervención en este caso, solicitando se nieguen las pretensiones que buscan la reliquidación pensional con la inclusión de factores salariales sobre los cuales no se realizaron aportes. Su solicitud se fundamenta en la Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 proferida por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, en la que se determinó que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes, lo anterior, porque los factores que no cuentan con respaldo financiero se oponen al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos el 14 de septiembre de 2018 y asignada por reparto a este Despacho judicial; se admitió por auto calendarado 01 de marzo de 2019 y se notificó a las demandadas. Vencido el término de traslado de la demanda, las entidades accionadas contestaron la demanda en tiempo.

En virtud de lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 de 4 de junio de 2020, *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de*

Emergencia Económica, Social y Ecológica", que en su artículo 13 estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, el Despacho mediante proveído del 28 de septiembre de 2020, corrió traslado a las partes por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión, dando aplicación a lo normado en el artículo 181 de la ley 1437 de 2011.

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora

La apoderada de la demandante presentó alegatos de conclusión mediante memoriales remitidos por correo electrónico los días 5 y 14 de octubre de 2020. En cuanto a las pretensiones que buscan la reliquidación de la pensión de jubilación, la alegante manifiesta que la omisión en la que el empleador incurrió al no cotizar sobre todos los factores salariales devengados por la demandante no la pueden afectar al momento de su reliquidación pensional, por lo que afirma que para superar esa situación lo que se debe hacer es incluir todos los factores devengados por el trabajador deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Sobre la pretensión de reintegro de descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, se ratifica en lo manifestado en el líbello de la demanda.

3.1.2. Demandadas

Por escrito enviado mediante mensaje de datos el 14 de octubre de 2020, la apoderada judicial de las demandadas reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y concluye que las pretensiones deben negarse como quiera que i) en la pensión de jubilación de la demandante se incluyeron los factores de sueldo, bonificación decreto y prima de vacaciones y los conceptos sobre los cuales se realizaron aportes fueron los de sueldo y prima de vacaciones, por lo que la liquidación fue realizada incluyendo los factores sobre los que se realizaron aportes conforme a lo dispuesto por la ley, y ii) los descuentos por salud realizados fueron efectuados debidamente.

3.1.3. Ministerio Público

La Representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro del presente asunto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término identificará el problema jurídico, analizará la normatividad aplicable al caso y finalmente resolverá el caso concreto, previo el análisis de las pruebas aportadas.

4.1. Problema Jurídico

En el caso que nos ocupa hay dos problemas jurídicos, los cuales consisten en establecer si:

- i)** La demandante beneficiaria de una pensión de jubilación reconocida por LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, tiene derecho o no a que su pensión sea reliquidada con el 75% con inclusión de todos los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio, con fundamento en la ley 33 de 1985.

- ii)** La demandante, beneficiaria de una pensión a cargo de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene derecho o no a que la Fiduciaria la Previsora S.A., suspenda el descuento realizado por concepto de salud sobre las mesadas pensionales adicionales que devenga y efectúe el reintegro en forma indexada de los valores que les fueron descontados por dicho concepto.

4.2. Normatividad aplicable al caso

4.2.1. Consideración previa

Antes de adentrarnos a la resolución de los problemas jurídicos, el Despacho advierte que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida en proceso con radicado No. 68001-23-33-000-2015-00569-01, acogió el criterio de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018 proferida en el exp. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, que determinó el marco interpretativo en cuanto al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, además se delimitó el Ingreso base de liquidación en el régimen

pensional de los docentes, indicando que estos al estar excluidos de la Ley 100 de 1993, les es aplicable el Acto legislativo 01 de 2005, por el cual modificó el artículo 48 de la Carta Política, en su inciso 6 estableció que **“ Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones**, en consecuencia, el alcance que debe darse a la Ley 33 de 1985, en relación a los factores salariales que deben incluirse para el cálculo del IBL, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado aportes o cotizaciones, aunado a que así lo establece el inciso final del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. En consecuencia, esta instancia judicial acogerá en su integridad lo dispuesto por la norma.

4.2.2. Régimen pensional aplicable a los docentes

Por disposición de la Ley 43 de diciembre 11 de 1975, los docentes fueron nacionalizados; en virtud de la misma, se expidió la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, previendo en el artículo 15 numeral 2 literal a, el reconocimiento de una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año, para aquellos docentes vinculados a partir del 01 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y para aquellos nombrados a partir del 01 de enero de 1990, con aplicación normativa vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Es así, que la normatividad que se encontraba vigente a la fecha de expedición de la **Ley 91 de 1989 era la Ley 33 de 1985** que en su artículo 1º, dispone:

“Art. 1º. 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 setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Dicha disposición al no contener distinción en cuanto a los funcionarios a quienes se dirige, se ha entendido que, le es aplicable a todos los niveles, por lo tanto, la misma le es aplicable a los docentes de conformidad con el art. 15 de la Ley 91 de 1989, máxime cuando la ley 100 de 1993 en su artículo 279 exceptuó de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En efecto, ha sido reiterada la jurisprudencia proferida por el H. Consejo de Estado, la que ha advertido que a los docentes no le es aplicable un régimen especial en

pensión, pues se encuentran gobernados por el régimen general, el cual se encuentra dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, 100 de 1993 y 797 de 2003.

Factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto por la ley 33 de 1985

La ley 33 de 1985, en su artículo 3 modificado por la ley 62 de 1985 señaló los factores salariales a tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación, los cuales son:

ARTÍCULO 1°. 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 para 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 día 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.

Así las cosas, atendiendo a que la misma Ley 33 de 1985, dispone los factores que deben ser tenidos en cuenta para calcular el IBL, siempre y cuando sobre los mismos se hayan efectuado aportes; y teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 1° del acto legislativo 01 de 2005, el IBL debe calcularse únicamente sobre los factores que hayan efectuado aportes o cotizaciones.

4.2.3. De las cotizaciones a las entidades de previsión - Reseña normativa

La Ley 4ª de 1966¹ en su artículo 2° determinó el aporte obligatorio a la Caja Nacional de Previsión Social por parte de los afiliados, advirtiendo:

“ARTÍCULO 2. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:

- a. Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y*
- b. Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.*

PARÁGRAFO. Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional.”

¹ “Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”.

El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 37 dispuso igualmente la obligación a los pensionados de cotizar un 5% de su pensión para efectos de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

El Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, en el art. 90 numeral 3 indicó que el descuento debía realizarse a cada mesada pensional.

De los Descuentos sobre Mesadas Adicionales

La Ley 43 del 12 de diciembre de 1984² en su artículo 5° dispuso:

“Artículo 5°: 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 3° 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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Ley 100 de 1993³, en sus artículos 50 y 142 estableció que los pensionados tienen derecho a dos mesadas adicionales, una pagadera en el mes de diciembre y la otra en el mes de junio, en los siguientes términos:

“Artículo 50: Mesada adicional: Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

Artículo 142: Mesada adicional para pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.”

En la anterior normatividad nada se reguló respecto de los descuentos sobre las mesadas adicionales pensionales. Lo cual hace obligatoria el estudio del Decreto 1073 de 2002⁴, el cual dispuso:

“(…) 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.

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”

³ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

⁴ “Por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen”

(...)

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. (...) (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De acuerdo con esta disposición, los descuentos sobre las mesadas pensionales adicionales están prohibidos; sin embargo, el parágrafo del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, fue objeto de estudio por parte del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Fallo del 03 de febrero de 2005, Exp. No. 3166 /02.), el cual, declaró la nulidad de la disposición en lo que tiene que ver **con la prohibición de los descuentos respecto de la mesada de junio gobernada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993**, pues, avizoró que **no existía una norma que impidiera hacer los descuentos sobre esa mesada adicional, excediendo el ejecutivo en el ejercicio de la potestad reglamentaria.**

Por lo anterior, lo que adujo el Consejo de Estado es que, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, no existe norma que impida hacer descuentos sobre la mesada adicional del mes de junio.

Asimismo, quedó en firme la prohibición legal para efectuar el mencionado descuento sobre la mesada adicional del mes de diciembre.

Al respecto, la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado, emitió concepto⁵ en los siguientes términos:

1. Las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del 12% con destino al pago de cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, porque existe norma que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y con la de junio la norma no contempla la deducción como aporte para salud.
2. El descuento obligatorio en salud es del 12% mensual, por lo tanto, no puede efectuarse descuento en las mesadas adicionales de junio y de diciembre, porque equivaldría al 24% para cada uno de estos meses.

⁵ (Concepto No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, M.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo)

Análisis que es completamente coherente, si se atiende la norma que ordena los descuentos en salud (Ley 100 de 1993), y que los limita únicamente al porcentaje del 12%, así:

“ARTICULO 204. Monto y distribución de las Cotizaciones. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado (...).”

Destáquese también, que el inciso 4º de la Ley 812 de 2003 advierte que el valor 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. Y, finalmente la Ley 1250 de 2008, mantuvo el mismo porcentaje de cotización al régimen contributivo de salud (12%).

Por lo anterior, pese a que la cotización a la Seguridad Social en salud es obligatoria para todos los pensionados del país, el porcentaje será máximo del 12% sobre la mesada pensional mensual, por lo tanto, al efectuarse sobre la mesada adicional de junio y de diciembre, dicho descuento equivaldría al 24% para ese mes. Descuento que está prohibido por la Ley, ya que es clara en establecer un tope máximo del 12%.

Continuando con la postura de la imposibilidad de la realización de los referidos descuentos, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 14 de febrero de 2019⁶ sostuvo que:

“si bien es cierto, el numeral 5 del artículo 8 de la pluricitada Ley 91 de 1989, contenido del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no solo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.”

Así las cosas, a partir del 27 de junio de 2003, se tiene como derogada la norma especial consagrada en el artículo 8 (numeral 5) de la Ley 91 de 1989, y a partir de esa fecha no resulta procedente efectuar descuentos por salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” (Negrillas y sublíneas fuera de texto).

⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B. M.P. Luis Gilberto Ortigón. Expediente 11001333571120140007402 de 14 de febrero de 2019.

Así las cosas, en atención al antecedente normativo y jurisprudencial antes transcrito, para este Despacho es claro que no se pueden realizar descuentos del 12% para cotización en salud en las mesadas adicionales de junio y de diciembre, por cuanto, sobre la mesada adicional de diciembre hay norma expresa que prohíbe realizarlo y sobre la mesada adicional de junio se estaría efectuando un descuento que supera el porcentaje máximo del 12% mensual autorizado por la ley.

4.3. Caso concreto

4.3.1. Análisis del material probatorio

Para determinar si al demandante le asisten los derechos reclamados, el Despacho valorará las pruebas que fueron debidamente aportadas al expediente:

- La señora Luz Rosalba Torres de Polo, identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.273.395 nació el 08 de marzo de 1952.
- Mediante la Resolución No. 769 de 17 de marzo de 2011, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., reconoció a favor de la demandante, una pensión de jubilación por valor de \$1.820.926, a partir del 01 de agosto de 2010.
- Por medio de la Resolución No. 298 de 27 de febrero de 2017, se aceptó la renuncia al cargo de docente, presentada por la señora Luz Rosalba Torres de Polo, a partir del 02 de marzo de 2017.
- A través de la Resolución No. 6072 de 28 de agosto de 2017, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., reliquidó la pensión de jubilación devengada por la demandante, teniendo en cuenta como factores salariales los siguientes: asignación básica, bonificación decreto y prima de vacaciones y con efectividad a partir de 02 de marzo de 2017, por lo que a partir de la mencionada fecha se reconoció la suma de \$2.490.667.
- Según extracto de pagos de la mesada pensional percibida por la demandante, se verifica que percibe la mesada adicional de diciembre y que sobre la misma se realiza descuento por concepto de salud.
- Con petición de 27 de diciembre de 2017, la demandante le solicitó a la Fiduciaria La Previsora S.A., el reintegro de los valores que fueron

descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales y la suspensión de los mismos.

- Con peticiones de fechas 08 de mayo y 15 de junio de 2018, la demandante solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el ajuste de su pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, incluyendo: la prima semestral, la prima especial, la prima de servicios, la prima de navidad, bonificaciones y horas extras. Asimismo, solicitó el reintegro por los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales.
- Mediante la Resolución No. 6953 de 01 de agosto de 2018, se ajustó la reliquidación realizada a la pensión de jubilación devengada por la demandante, en virtud de la Resolución No. 6072 de 28 de agosto de 2017, al encontrar que en el mencionado acto administrativo no se tuvo en cuenta el incremento salarial, por lo que se ajustó la mesada pensional a la suma de \$2.526.605, a partir del 02 de marzo de 2017, sin tener en cuenta nuevos factores salariales.

En lo referente a los reintegros por concepto de descuento de salud sobre las mesadas adicionales, informó que la Fiduciaria La Previsora S.A., no autorizó los mismos, por lo que se niega lo solicitado.

- Según certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., para el año anterior al retiro del servicio de la demandante, esto es, del 02 de marzo de 2016 al 01 de marzo de 2017, le fueron reconocidos los factores salariales de: sueldo, prima especial, prima de servicio, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad y los factores sobre los cuales se realizaron aportes fueron los de: sueldo y prima de vacaciones.

4.3.2. Solución al caso concreto

- *Sobre las pretensiones de reliquidación pensional*

De acuerdo al material probatorio allegado al expediente se encuentra, que a la demandante le fue reconocida una pensión de jubilación con el 75% del salario percibido durante el año anterior a la fecha del status jurídico de pensionada, teniendo en cuenta los siguientes factores: asignación básica y prima de vacaciones. Posteriormente su pensión fue reliquidada y reajustada, a partir del 02

de marzo de 2017, en virtud del retiro del servicio. Cabe aclarar que la reliquidación y reajuste se debieron al incremento salarial a la fecha de retiro del servicio, junto con la inclusión de la bonificación decreto.

Del certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., para el año anterior al retiro del servicio de la demandante, se observa que, aunque le fueron reconocidos los factores salariales de: sueldo, prima especial, prima de servicio, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad, solamente se realizaron los aportes de ley respecto a los factores de: sueldo y prima de vacaciones. En virtud de lo anterior y de la normatividad aplicable al caso concreto no hay lugar a conceder las pretensiones encaminadas a la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, como quiera que para que ello tuviere lugar, se debieron realizar los aportes de ley sobre todos los factores tal como lo ordena el artículo 1° de la ley 62 de 1985 y el Acto Legislativo 01 de 2005 que expresamente señala que el IBL debe calcularse únicamente sobre los factores que hayan efectuado aportes o cotizaciones.

Por lo anterior, esta instancia judicial negará las pretensiones de la demanda encaminadas a ordenar la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y mantendrá incólume la decisión contenida en la Resolución No. 6953 de 01 de agosto de 2018, que ajustó la pensión de jubilación devengada por la demandante al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que la ampara.

- *Sobre las pretensiones de suspensión y reintegro de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales*

De las pruebas allegadas al expediente se verifica que la demandante percibe la mesada adicional de diciembre en virtud del reconocimiento pensional realizado mediante la Resolución No. 769 de 17 de marzo de 2011 y sobre esa mesada pensional adicional, la Fiduciaria la Previsora S.A., realiza descuento del 12% por concepto de aportes a salud. Descuento que según la normatividad y jurisprudencia que sirve como fundamento a este fallo es prohibido, dado que la ley impide que se realicen descuentos por ese concepto sobre la mesada adicional de diciembre.

En las condiciones anteriores, el Despacho encuentra que el descuento realizado sobre la mesada pensional adicional recibida por la demandante en el mes de

diciembre, por concepto de aportes de salud, se ha efectuado con violación legal, siendo entonces procedente declarar la existencia y nulidad del acto administrativo acusado y ordenar la suspensión de los descuentos y el reintegro de manera indexada de las sumas que le han venido siendo descontadas a la demandante por este concepto a partir de su reconocimiento, siempre y cuando no confluya el fenómeno prescriptivo.

4.4. Prescripción

Este Despacho procede a revisar de oficio la prescripción del reintegro de los descuentos realizados en las mesadas pensionales adicionales reclamada por la demandante.

Las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción de los derechos en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 “*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “*Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*”; e incluso en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁷.

En el caso que nos ocupa, la tendencia jurisprudencial ha sido en el sentido de declarar no la prescripción del derecho pensional, toda vez que se trata de una prestación periódica, sino de declarar prescritas las mesadas que no se hayan reclamado dentro de los tres años anteriores al momento en que se quiere hacer efectivo el pago de las mismas (*Sent. Consejo de Estado, Julio 6 de 2000, C.P.: Nicolás Pájaro Peñaranda, Radicación número: 140*).

De los hechos demostrados se establece que a la señora Luz Rosalba Torres de Polo, quien prestare sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., le fue reconocida una pensión de jubilación, mediante la Resolución No. 769 de 17 de marzo de 2011, en consecuencia, desde el reconocimiento pensional, contaba con tres (3) años para reclamar ante la administración la suspensión y devolución de los descuentos realizados; por lo cual, radicó la respectiva reclamación administrativa ante la Fiduprevisora S.A., el 27 de diciembre de 2017, por lo que el

⁷ “Artículo 15. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

término prescriptivo fue interrumpido por tres (3) años; luego presentó la demanda el 14 de septiembre de 2018. En consecuencia, se observa un periodo de inactividad superior a los tres (3) años entre la causación del derecho y la reclamación administrativa, por lo tanto, se declarará configurada la prescripción sobre las sumas adeudadas a la demandante por concepto de reintegro de valores por concepto de descuentos con destino a salud sobre las mesadas adicionales percibidas con anterioridad al 27 de diciembre de 2014.

4.5. Silencio administrativo negativo

Finalmente, dado que la Fiduciaria La Previsora S.A., no acreditó respuesta a la petición de fecha 27 de diciembre de 2017, se declara configurado el silencio administrativo negativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 del CPACA, lo que dará lugar a la declaratoria de nulidad del acto administrativo presunto configurado el 27 de marzo de 2018.

4.6. Costas

Finalmente, la Instancia no condenará en costas teniendo en cuenta que el artículo 188 del C.P.A.C.A., que no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial, en razón a lo anterior, este Despacho advierte que no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, por tanto, no se hace necesaria la sanción.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR de oficio probada la excepción de prescripción sobre el reintegro de descuentos en salud sobre la mesada pensional adicional de diciembre dentro de la pensión de jubilación percibida por la demandante, con anterioridad al 27 de diciembre de 2014, según se indicó en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia del acto presunto originado por el silencio administrativo negativo de la **Fiduciaria La Previsora S.A.**, ante la reclamación radicada el 27 de diciembre de 2017 por la demandante, a partir del 27 de marzo de 2018 y **su consecuente nulidad**.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, así:

- a.) **Reintegrar** a señora **Luz Rosalba Torres de Polo**, identificada con la cédula de ciudadanía No. **23.273.395**, **los valores del 12% descontados para salud, en la mesada pensional adicional de diciembre, a partir del 27 de diciembre de 2014**, por prescripción trienal, ajustados en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo descontado a la demandante por concepto del 12% en salud, en la mesada adicional de diciembre, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se descontaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

CUARTO: ORDENAR a la entidad demandada, que se abstenga de seguir efectuando descuentos sobre la mesada adicional que percibe la demandante.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEXTO: La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Sin costas en la instancia.

OCTAVO: Una vez en firme esta sentencia, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Radicación: 1100133420472018-00370-00

Demandante: Luz Rosalba Torres de Polo

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag y Fiduprevisora S.A.

Asunto: Sentencia anticipada-Reliquidación pensión y descuentos en salud

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez

Firmado Por:

LUZ NUBIA GUTIERREZ RUEDA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 47 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ

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:

90178c482a9b491f20babd2ca745fcfe9cc1f08849dc5964c0d7b4b66589eb10
Documento generado en 11/12/2020 11:59:10 p.m.

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