

**HONORABLES MAGISTRADOS
CONSEJO DE ESTADO - SECCION SEGUNDA**

E. _____ S. _____ D. _____

REF: ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: JOSEFINA THIRIAT ROJAS C.C. 51.619.598
ACCIONADAS: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "E" y JUZGADO CINCUENTA Y SIETE (57) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA.

Acude a su despacho, **CRISTIAN ANIBAL FERNANDEZ GUTIERREZ**, Abogado en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado judicial de *JOSEFINA THIRIAT ROJAS*, acorde con el poder que acompaño con el presente escrito, mediante el cual pido ser reconocido, para manifestar a los Honorables Consejeros, que interpongo **ACCION DE TUTELA** en contra del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "E" y JUZGADO CINCUENTA Y SIETE (57) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, por la vulneración de las causales genéricas de procedibilidad y por ende en vías de hecho en la providencias de fecha **08 de Octubre de 2021 y 10 de Septiembre de 2020**, proferidas por estas corporaciones, mediante las cuales se negó parcialmente a las suplicas de la demanda, dentro del proceso con radicado **No. 1101334205720190016701** y que atentan contra derechos fundamentales tales como Igualdad, Debido Proceso y Mínimo Vital, Seguridad Social entre otros.

HECHOS

PRIMERO: Mediante resolución No. **3478 del 15 de junio de 2016**; el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** le reconoció y ordenó el pago de la **Pensión de Jubilación**, por sus servicios prestados como docente vinculado al servicio del magisterio oficial colombiano desde el 15 de julio de 1993.

SEGUNDO: Mediante Derecho de Petición de fecha **E-2018-182440/ 2018-PENS-672955 del 27 de Noviembre de 2018**, se solicitó la revisión y ajuste de la pensión de Jubilación con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el Artículo 15 de la Ley 91 de 1989 así como el descuento y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

TERCERO: Mi representada solo goza de la **Pensión de Jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, pues al ser vinculada al **Magisterio Oficial con posterioridad al año 1980**, no es beneficiaria de la pensión gracia regulada por la **Ley 113 de 1914**.

CUARTO: Con el fin de resolver las peticiones anteriormente referidas, profirió la resolución numero **1748 del 06 de marzo de 2019**, por medio de la cual se **ORDENO** el ajuste de la pensión de Jubilación de mi representada reconociendo adicionalmente el factor salarial **BONIFICACION DECRETO**; por el contrario, negó la petición sobre el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud, pero **NO** se pronuncio respecto de la solicitud del reconocimiento de la prima de medio año establecida en la **Ley 91 de 1989 Artículo 15**.

QUINTO: En vista de lo anterior mi representada a través de apoderado judicial instauro demanda de Acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho, a fin de que se declarara la nulidad de los actos administrativos proferidos por **FOMAG** y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará el reintegro de los valores descontados en exceso para salud de las mesadas adicionales de junio y/o diciembre de cada año, según corresponda y a su vez se otorgue el **RECONOCIMIENTO Y PAGO** de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

SEXTO: Por reparto la demanda le correspondió al **Juzgado 57 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. - Sección Segunda**, bajo el radicado **No. 1101334205720190016700** en donde fueron surtidos todos los trámites legales, hasta el día **10 de Septiembre de 2020** cuando el despacho antes mencionado profiere la respectiva sentencia, la cual resuelve **ACCEDIO PARCIALMENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA CONCEDIENDO LA SUSPENSION Y REINTEGRO DE DESCUENTOS EN SALUD PERO NEGANDO LO CONCERNIENTE A RELIQUIDACION PENSIONAL Y RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRIMA DE MEDIO AÑO.**

SEPTIMO: Conforme a lo precedente, la apoderada de la parte demandante interpuso Recurso de Apelación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de la cual tuvo conocimiento la **Subsección A**, con ponencia de la Magistrada **DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO**, quien mediante Sentencia de fecha **08 de octubre de 2021**, **REVOCO** la sentencia proferida por el **Juzgado Cincuenta y siete (57) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá - Sección Segunda** que accedió parcialmente las pretensiones de la demanda, argumentando lo siguiente:

“

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la actora consolidó su estatus pensional el 17 de noviembre de 2015 cuando cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios, por lo tanto, no le asiste derecho al reconocimiento de la prima de medio año, en virtud de las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 001 de 2005.

Valga aclarar que no son de recibo los argumentos de la parte actora, conforme los cuales dicho limitante introducido por el Acto Legislativo 001 de 2005 cobija únicamente al personal regido por la Ley 100 de 1993 del cual se excluyen a los docentes, en tanto, se trata de una reforma constitucional que afectó las pensiones en todos los sectores.

Dicho esto, no le asiste derecho a la actora al reconocimiento de la prima de medio año como lo consideró y resolvió el a quo.

”

OCTAVO: Las decisiones tomadas en primera y segunda instancia respectivamente, así como los actos administrativos proferidos por la entidad accionada no tienen en cuenta que lo que se está solicitando para el caso concreto y que es objeto de la acción de la presente acción es el reconocimiento y pago de la prima establecida en el Artículo 15 de la Ley 91 de 1989 la cual es completamente diferente a la mesada 14 consagrada en el Artículo 142 de la ley 100 de 1993.

NOVENO: Mí representado, al pertenecer a un régimen prestacional especial como lo es el de los docentes y estar vinculada al FOMAG con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 se le debe tener en cuenta el régimen pensional establecido en la ley 91 de 1989 el cual se desarrolla de la siguiente manera:

El régimen pensional de los docentes en la Ley 91 de 1989. Pensión de jubilación

La Ley 91 de 1989 tuvo como propósito unificar los distintos regímenes pensionales que para entonces podían ser aplicables a los docentes, sin desconocer derechos adquiridos, tal como se expresó en la exposición de motivos y en los respectivos debates legislativos¹.

La Ley 91 de 1989 también respondió al proceso de nacionalización de la educación ordenado por la Ley 43 de 1975; en razón a lo cual, el artículo 1º de la Ley 91 en comento estableció tres categorías de docentes, así:

ARTÍCULO 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad. (Subraya la Sala).

Así, a partir de las categorías señaladas, la Ley 91 en su artículo 2º distribuyó, entre la Nación y las entidades territoriales, las competencias para el reconocimiento y el pago de las respectivas prestaciones, de acuerdo con su fecha de causación y en armonía con el proceso de nacionalización ordenado por la Ley 43 de 1975.

En materia de pensiones, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se refirió a la pensión gracia y a la pensión de jubilación.

ARTÍCULO 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- 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.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2.- Pensiones:

¹ Así lo destacó esta Sala en la decisión del 7 de diciembre de 2015, radicado núm. 11001-03-06-000-2015-00062-00, referencia: conflicto negativo de competencias administrativas planteado entre la Administradora Temporal para el Sector Educativo del Chocó - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fondo Territorial de Pensiones del Chocó.

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

4

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980² que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. (Subrayas y negrillas añadidas por la Sala).

La parte final del literal B, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 consagró, para los docentes a los que se les reconozca una pensión de jubilación, el goce de dos condiciones:

- i. Que les aplicaba el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, esto es, que los requisitos y condiciones para adquirir la pensión de jubilación son los previstos en la Ley 33 de 1985³, el cual era el régimen pensional vigente para los pensionados del sector público nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989.

Así, los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los consagrados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, esto es, 20 años de servicio continuos o discontinuos y 55 años de edad.

- ii. Que tienen derecho al reconocimiento y pago «adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional». Prima que, por tratarse de un beneficio adicional, debe ser reconocida y declarada en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, cuando se cumplan los requisitos para su causación.

Adicionalmente, vale la pena recordar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993⁴ exceptuó del Sistema General de Seguridad Social, entre otros, «a los afiliados al 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». **Esto también los exceptúa de ser beneficiarios del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.**

Posteriormente, en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado⁵, al interpretar el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁶, precisó que los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de dicha ley (26 de junio de 2003), adquieren su derecho pensional conforme al régimen de prima media del Sistema General de Pensiones, con excepción del requisito de edad que será de 57 años para hombres y mujeres. **Y, por el contrario, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, se les aplica la norma anterior, esto es, la Ley 91 de 1989.**

² Corte Constitucional, Sentencia C-489-00: «Declarar exequible la expresión "...vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980..." contenida en el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer».

³ (Enero 29), «Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público».

⁴ (Diciembre 23), «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones».

⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado núm. 52001-23-33-000-2012-00143-01. Fallo del 28 de agosto de 2018. CP: César Palomino Cortés.

DIFERENCIACION ENTRE LA PRIMA DE MEDIO AÑO ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 15 DE LA LEY 91 DE 1989 A LA MESADA 14 CONSAGRADA EN EL ARTICULO 142 DE LA LEY 100 DE 1993:

Es Procedente, pertinente y necesario partir del hecho de que a la fecha el artículo 15 de la ley 91 de 1989 a la fecha se encuentra vigente mientras que el artículo 142 de la ley 100 de 1993 si bien se encuentra vigente se encuentra supeditado a la excepción establecida en el Acto legislativo 01 de 2005.

Ahora bien, tal y como se señalo anteriormente la prima de medio año se estableció únicamente **PARA LOS DOCENTES** con el único requisito de que su vinculación se haya efectuado a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, en ningún momento se menciona una fecha límite a para adquirir dicha prima.

Mientras que la mesada 14 se estableció en la ley 100 de 1993 en su Artículo 142 la cual es totalmente diferente Maxime si partimos del hecho de que no aplica únicamente para docentes, por el contrario aplica para *“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º.) de enero de 1988”.*

CUADRO COMPARATIVO		
	Mesada Adicional	Prima de Medio Año
NACIMIENTO	Esta mesada adicional Nace a la vida jurídica en le Ley 100 de 1993 en su Artículo 142	La Prima de medio año Nace a la vida Juridica Con la Ley 91 de 1989 en su Artículo 15
CAMPO DE APLICACIÓN	La Mesada Adicional aplica para todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º.) de enero de 1988	La Prima de medio año únicamente aplica para los DOCENTES pensionados por jubilación
REQUISITOS	Para ser acreedor de esta mesada se debió realizar la causación del derecho a la pensión dentro del término estipulado por el acto legislativo 01 de 2005 por lo tanto existen dos beneficiarios Quienes se pensionaron antes del 25 de julio de 2005 y su pensión no excedía de 15 salarios mínimos mensuales y Quienes se pensionaron entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011 cuya pensión no excedía de 3 salarios mínimos.	Ser docente vinculado a partir del 01 de enero de 1981 y aquellos que se vinculen con posterioridad al 01 de enero de 1990.
VIGENCIA	El acto legislativo 01 de 2015 eliminó la mesada pensional manteniéndola vigente hasta el 2011 para quienes tuvieran una pensión de hasta 3 salarios mínimos	Contrario a lo manifestado por las entidades accionadas y los fallos objeto de discusion no existe una ley que derogue de manera expresa el artículo 15 de la ley 91 de 1989
CONCLUSION	Como podemos evidenciar la mesada adicional y la prima de medio año son completamente diferentes desde su nacimiento, su campo de aplicación y sus requisitos, A la fecha Existe una grave confusión frente a cada uno puesto que tal y como se evidencia en los fallos objeto de discusión, Manifiestan que el accionante o bien cumplió su estatus pensional con posterioridad al 2011 o bien su salario excede los 3 salarios mínimos, Confundiendo la mesada Adicional del artículo 142 (la cual no es la que se solicitó) si no la prima de medio año con ocasión a la docencia y su fecha de vinculación.	

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

- DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

Se vulnera el debido proceso de mi representada cuando la autoridad judicial en el presente asunto aplica de manera errada el precedente judicial del Consejo de Estado, tomando una decisión que no es razonable frente al asunto sin una fundamentación conforme a derecho.

Conforme a lo establecido, El debido proceso ha sido considerado por la doctrina como el conjunto de garantías que protegen a la persona en su libertad física o en su patrimonio de los efectos de un acto de autoridad , garantía que procura asegurar a lo largo del respectivo proceso, el adecuado ejercicio de las competencias públicas, así como también la razonabilidad de las decisiones por adoptarse y fundamentación conforme a derecho.

La H. Corte Constitucional en sentencia T-377 del año 2000, dispuso:

"El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia dispone que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyéndose en garantía en las actuaciones surtidas contra los particulares. En este sentido, se ha pronunciado la corte Constitucional:

El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación.

El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia "de la plenitud de las formas propias de cada juicio", lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.

En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso.¹⁸¹

Entendido el derecho al debido proceso administrativo como la garantía a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que la afectación o la privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado, no pueda hacerse con detrimento de sus derechos fundamentales. (negritas y Subrayas por fuera del texto original).

Consecuentemente, El artículo 29 de la C.N., expresa, que: *"El debido proceso es aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado, sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de la forma propia de cada juicio..."*

- DERECHO AL MINIMO VITAL.

En el presente caso con su actuar el despacho judicial desconoce el Derecho al Mínimo Vital, toda vez que al no haber proferido una sentencia conforme a derecho le ha generado no solo inconvenientes económicos sino emocionales y familiares que han desmejorado su calidad de vida, ya que no se reajusto la mesada pensional conforme a derecho, vulnerando también derechos relacionados con la seguridad social.

Este concepto del mínimo vital ha sido definido y desarrollado por la Corte Constitucional en sentencia T – 011 de 1998, con ponencia del Honorable Magistrado **JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO**, define el mínimo vital, como los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a la alimentaron y en el vestuario sino en lo referente a la salud, educación, vivienda, seguridad social, en cuanto a factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que no obstante su modestia corresponde a las exigencias elementales del ser humano.

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital- Derecho a la subsistencia que es consecuencia directa de los principios de la dignidad humana y estado social de derecho que define la organización política social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución.

La tutela procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es *necesaria para evitar un perjuicio irremediable*.

La jurisprudencia constitucional, con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto, que en la mayoría de los casos consiste en la afectación del mínimo vital del peticionario y de su familia, ha utilizado criterios como (i) la edad del actor para ser considerado sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario⁷. Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado⁸.

La Corte Constitucional en Sentencia T- 686 de 2012, citando su jurisprudencia frente al mínimo vital indicó lo siguiente:

Asimismo, la Corte Constitucional ha sentado criterios para interpretar las situaciones en las que se puede ver vulnerado el derecho al mínimo vital, por ejemplo en la sentencia T-865 de 2009^[10], se consideró que:

"(...) la jurisprudencia constitucional ha señalado unos requisitos que de estar presentes en un caso concreto indican que el derecho fundamental al mínimo vital de un trabajador o pensionado está siendo objeto de amenaza o vulneración, como son: que "(i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave"."

Ahora bien, resulta relevante señalar que en el presente asunto, quien pide el reconocimiento de la prima de medio año es una persona que se desempeñó como docente vinculado con antelación a la Ley 812 de 2003, norma que es clara al disponer que **"...el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones"**.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA LABORAL.

La Corte constitucional mediante sentencia T-024 - DE 2018 estableció este principio como:

..." El principio de favorabilidad consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado/pensionado, en caso de duda en la aplicación de normas y/o interpretaciones jurídicas.

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

Está consagrado normativamente tanto en el artículo 53 de la Constitución como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo "...

*"Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

En sentido similar, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo precisa:

"Artículo 21. Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad."

De igual forma indica que:

..." Como se deduce de la literalidad de los artículos citados, es claro que el principio de favorabilidad fue consagrado por el Constituyente y por el Legislador como uno de los dispositivos de solución de conflictos surgidos con ocasión del choque o concurrencia de normas o interpretaciones vigentes y aplicables simultáneamente a un caso determinado. Así mismo, se desprende que la aplicación del principio de favorabilidad no es opcional, sino de obligatorio cumplimiento por expreso mandato normativo.

En efecto, para esta Corporación ha sido claro que cuando se presentan conflictos en la aplicación y/o interpretación de las fuentes formales del derecho laboral, no le es posible a los operadores jurídicos, tanto judiciales como administrativos, desconocer las garantías de los trabajadores y/o pensionados que han sido reconocidas constitucionalmente y a las cuales se les ha otorgado el carácter de inalienables e irrenunciables. En **Sentencia SU-1185 de 2001**^[33], se precisó que:

"En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley".

..."21. Esta garantía constitucional, se estatuye entonces como un límite a la autonomía judicial al momento de interpretar las normas laborales, pues si bien puede existir multiplicidad de soluciones derivadas de una misma disposición, el juez debe estar siempre inclinado por aquella que mejor proteja los derechos de los trabajadores, ya que, de lo contrario, estaría en abierta inaplicación del texto constitucional, que como es sabido, tiene carácter normativo. Este principio ha sido validado de esta forma desde antaño, así por ejemplo, en **Sentencia T-001 de 1999**^[34], esta Corte dijo:

"Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica".

..." Así es claro, que en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho, debe preferirse aquella que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia a la disposición pertinente del artículo 53 de la Constitución. En suma, *"la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones..."*^[35].

22. Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, esta Corte ha expuesto que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber:

- (i) **La duda seria y objetiva** ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación.
- (ii) **La efectiva concurrencia de las interpretaciones** en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.

Respecto de estos elementos, la Sentencia T-545 de 2004^[36], sostuvo que:

“Sobre el punto, la Corte considera en primer lugar que, la llamada ‘duda’, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

...

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.”

23. En conclusión, el principio de favorabilidad es una herramienta consagrada por el Constituyente para dirimir los conflictos laborales que puedan surgir de la aplicación tanto de fuentes formales de derecho como de la interpretación que de éstas se pueda desprender. Cuando concurren interpretaciones y, a partir de ello, se genera una duda razonable y seria respecto de la aplicación de una u otra interpretación, el operador jurídico (incluido el juez) siempre debe optar por la opción que más favorezca al trabajador/pensionado, so pena de infringir un mandato constitucional.

2. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA:

La Corte Constitucional mediante Sentencia C- 250 de 2012, estableció este principio como:

...“ En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley”...

...“ De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión”...

3. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

Para el caso de los docentes que han sido regulados por una normatividad especial, precisamente por el régimen del que son exceptuados, es necesario indicar que el objeto de esta litis versa sobre derechos que ya han sido adquiridos y que por lo tanto la nueva normatividad no les es aplicable máxime cuando en la misma se indica que esta regulación no debe ser tenida en cuenta en razón a que los docentes no son beneficiarios del régimen de transición.

Con relación a los efectos de la Ley en el tiempo, es menester señalar que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 determina que las leyes sustantivas y de procedimiento prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, aclarando que las actuaciones y diligencias ya iniciadas, se deben regir por la Ley vigente al tiempo de su iniciación.

Aunado a lo anterior, y respecto al tema de la irretroactividad de la Ley propiamente dicho, el Consejo de Estado - Sección Primera, CP Olga Ines Navarrete Barrero del 04 de octubre de 2001 Rad 08001-23-31-000-1997-3133-01 (6840) define este principio señalando:

"En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos. La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua."

De conformidad con lo anterior se debe colegir:

- El principio de irretroactividad es aquel que determina que una Ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su entrada en vigencia, establecido con el fin de garantizar el respeto de los derechos adquiridos bajo la ley anterior.

Para el caso que nos ocupa se ha pasado por alto este principio, pues al momento de consolidar su derecho pensional se debe dar aplicación a la normatividad que se encontraba vigente en el momento y solo se podrá cambiar dicha disposición si la nueva es más favorable, o si se está vulnerando el derecho a la igualdad.

Así las cosas, queda claro que mal podría negarse un derecho que ya fue adquirido y que su expectativa legítima se encuentra inmersa en una norma que le es más favorable y que lo que definitivamente se pretende es que no se desmejore su condición más aun cuando la misma constitución así lo garantiza.

En conclusión, es menester precisar que los regímenes de transición tienen al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de aquellas personas que se encuentran bajo una situación jurídica determinada, y que lo que se pretende es evitar que el cambio del régimen que les era aplicable, termine defraudando tales expectativas.

En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por la Ley 91 de 1989 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, siempre y cuando, cumplieran a cabalidad los requisitos allí exigidos.

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

Es decir, queda claro que los regímenes de transición exceptúan de la aplicación en todo o en parte, lo consagrado con el nuevo régimen de la ley 100 de 1993, más aún si se tiene en cuenta que con posterioridad dicha ley cuenta con limitaciones impuestas en el acto legislativo 01 de 2005.

Así las cosas, es evidente que la señora OLGA GRISELDA ZEA, al ser vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, junto con no ser acreedor de la pensión gracia y tener reconocida la pensión de jubilación, Es acreedor de la Prima de medio año Establecida en la Ley 91 de 1989 la cual es completamente diferente a la mesada 14 prevista en el artículo 142 de la ley 100 de 1993 (la cual exceptúa al régimen docente) y por tanto no esta cobijada bajo las limitaciones del acto legislativo 01 de 2005.

DERECHOS ADQUIRIDOS

En relación con los efectos de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional, se debe recordar que el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 dispone:

“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control... tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

Por lo tanto a quienes han sido vinculados al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 esto es del 06 de junio de 2003 se les debe reconocer la pensión de conformidad con lo estipulado en la Artículo 15 de la Ley 91 de 1989 al tener su prestación ya reconocida tiene el derecho al reconocimiento y pago de la prima de medio año estipulado en la norma anteriormente citada.

Se encuentra demostrado que mi representado efectivamente fue vinculado como docente al Magisterio oficial y cotizo al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO desde el **15 DE JULIO DE 1993** es decir que tal como lo establece la norma a quienes demostraron su vinculación antes del 06 de junio de 2003.

Conforme a lo anterior, el precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional ha señalado que *“...por derechos adquiridos se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que las leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente”.*

Se entiende que los derechos adquiridos en materia pensional implican la protección a quienes han cumplido requisitos o causado su derecho en relación con cualquier tipo de prestación prevista en la legislación anterior o criterio jurídico precedente.

PRECISIONES Y VIOLACION DE NORMAS LEGALES

Tal como quedó demostrado en el proceso, mi representada(o) fue **vinculado** como docente al Magisterio Oficial colombiano y está cotizando al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde el **15 DE JULIO DE 1993**, es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, razón por la cual y de conformidad con lo establecido en el **artículo 15 numeral primero Ley 91 de 1989**, se le debe reconocer el pago de una prima de medio año.

Lo anterior tiene su sustento jurídico en lo siguiente:

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

- El régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la Ley 91 de 1989 sin que termine el 31 de julio de 2010;

-El régimen pensional de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres, sin que termine el 31 de julio de 2010."

- 1. En fallo de Tutela de fecha 21 de junio de 2018 el Consejo de Estado - Sección Quinta - Magistrado Ponente ALBERTO YEPES BARREIRO, una vez más aclaro:

“Adicionalmente, es importante tener en cuenta que con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, la cual fue modificada en algunos apartes por la Ley 62 de 1985.

El inciso segundo del artículo 1o de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedarán sujetos a la regla general de pensiones, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial.

Ahora bien, por disposición del artículo 3o del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales de régimen especial.

Visto ello, advierte la Sala que el régimen pensional aplicable a la actora corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989, la cual remite a la Ley 33 de 1985, en lo que concierne al reconocimiento de la pensión de jubilación, debido a que se vinculó al servicio público educativo oficial antes de que entrara en vigencia la Ley 812 de 2003, como se expuso.

- 2. En sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2018, que preciso específicamente que esta sentencia **no aplica a los docentes al servicio del Estado, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vincularon antes de 26 de junio de 2003, quienes están exceptuados** de la aplicación de la Ley 100 de 1993 por la misma ley y su régimen pensional está previsto en la **Ley 91 de 1989**, conforme lo ordena igualmente el Acto Legislativo 01 de 2005, por esta razón, estos servidores **NO ESTAN COBIJADOS POR EL REGIMEN DE TRANSICION.**

*Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo la **Ley 91 de 1989 (artículo 15)**.*

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en el, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

- 3. En fallo de tutela emitido por el Consejo de Estado de fecha 24 de octubre de 2018, radicado 2017-3228, por la Sala de lo contencioso Administrativo Sección Cuarta, Consejera Ponente Stella Jeannette Carvajal Basto, se indicó:

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

“Pues si bien la misma fija una regla y dos sub reglas, las mismas están dirigidas a la forma como debe entenderse la aplicación del régimen general de los empleados públicos contenidos en la ley 33 de 1985, pero que se encontraban por el régimen de transición según el artículo 36 de la ley 100 de 1993, de igual forma dejó establecido que la misma no era aplicable a los docentes vinculados al FONPREMAG al no estar cobijados por el régimen de transición, por encontrarse exceptuados de su ámbito de aplicación por disposición expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.”

4. En fallo de tutela emitido por el Consejo de Estado de fecha 31 de octubre de 2018, radicado 2017-2472, por la Sala de lo contencioso Administrativo Sección Cuarta, Consejera Ponente Stella Jeannette Carvajal Basto, se indicó:

“la reglas fijadas la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, como órgano límite de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 111 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en síntesis estuvieron dirigidas a dos cosas:

4.2.5.1. *La primera*, se orientó a fijar tanto la regla como las subreglas, relacionadas con la forma como debe entenderse la aplicación del régimen general de pensiones de los empleados públicos contenido en la Ley 33 de 1985, a quienes se encontraban cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4.2.5.2. *La segunda*, dejó establecido –como se señaló en precedencia–, que la regla general establecida en la sentencia de la Sala Plena Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, no aplicaba a los educadores oficiales vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al no estar cobijados por el régimen de transición, por encontrarse exceptuados de su ámbito de aplicación por disposición expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.”

Ahora bien, es de indicar que mi representado adquirió el derecho de conformidad con la normatividad y precedente jurisprudencial que le es más beneficioso y que actualmente está vigente, toda vez la **Ley 91 de 1989** actualmente es el régimen prestacional para los docentes que cumplan con los presupuestos como el del presente caso y en aras de garantizar el principio de favorabilidad y de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política.

ALCANCE DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE A UNA SENTENCIA JUDICIAL

La Corte Constitucional en Sentencia T-309 de 2015, realizó un estudio importante sobre la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, indicando los requisitos generales y específicos, jurisprudencia que por su importancia para el caso en concreto me permito citar a continuación:

2.1. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS GENERALES Y ESPECÍFICOS PARA LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

2.1.1. Después de varios años de decantar el concepto de vía de hecho⁹, la Corte Constitucional consideró necesario replantearlo y ampliarlo a las “*causales genéricas de procedibilidad de la acción*”. Así, en la Sentencia C-590 de 2005¹⁰, la Sala Plena de esta Corporación declaró inexecutable la expresión “*ni acción*”, que hacía parte del artículo 185 de la Ley 906 de 2004 porque restringía el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio del recurso extraordinario de casación en materia penal. En esa oportunidad, se dejó claro que la tutela procede contra todas las providencias judiciales ejecutoriadas cuando se cumplen con los requisitos

⁹ Aunque la sentencia C-543 de 1992⁹ declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que disponían la procedencia de la tutela contra sentencias ejecutoriadas, expresó que, de forma excepcional, esta acción constitucional procedía contra decisiones judiciales que, aunque en apariencia están revestidas de la forma jurídica de una sentencia, en realidad implican una vía de hecho. El concepto de vía de hecho fue desarrollado a partir de las sentencias T-079 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-158 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

¹⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

generales de la tutela y se prueba alguna de las causales específicas de procedibilidad de esta acción constitucional contra sentencias.

2.1.2. Esta sentencia, sistematizó los **requisitos generales de procedencia de la tutela**, de la siguiente manera:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

2.1.3. En cuanto a las **causales específicas de procedibilidad** de la acción de tutela contra providencias judiciales, ese mismo fallo los resumió así:

“Para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.¹¹

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”

2.1.4. De manera que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales, como las que ahora se acusan, siempre y cuando éstas cumplan los requisitos generales de procedencia, vulneren derechos fundamentales y con ello se demuestre al menos una de las causales especiales de procedibilidad de la acción constitucional.

EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE COMO CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

La Corte Constitucional en la ya citada Sentencia T-309 de 2015, realizó también un análisis sobre el desconocimiento del precedente judicial como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela, manifestando lo siguiente:

Para efectos del presente capítulo, se hará referencia primero al desconocimiento del precedente como modalidad de defecto sustantivo y luego se procederá a analizar concretamente el desconocimiento del precedente constitucional como defecto autónomo.

2.1.5. Desconocimiento del precedente como modalidad de defecto sustantivo

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional “(i) aplica una disposición en el caso que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexecutable; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación suficiente; o (v) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso^{12, 13}

¹¹ Sobre la caracterización de este defecto, ver entre otras las sentencias T-1068 de 2006 y T-266 del 3 de abril de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹² Ver Sentencia T-087 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también, sentencias T-193 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1625 de 2000 M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez, T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-436 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y SU-448 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

¹³ Sentencia T-830 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Por **precedente**¹⁴ se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.¹⁵ La anterior noción, se ha adoptado en sentencias como la **T-794 de 2011**¹⁶, en la que la Corte indicó los siguientes criterios a tener en cuenta para identificar el precedente:

*“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente.”*¹⁷

Ahora, la Corte ha diferenciado dos clases de precedentes teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa: el **horizontal** y el **vertical**.¹⁸ El **primero** hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial. El **segundo**, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción¹⁹. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.²⁰

De otra parte, el precedente además de ser criterio orientador resulta **obligatorio** para los funcionarios judiciales, por las razones que se indicaron de manera clara en la sentencia **T-830 de 2012**²¹ y que a continuación se transcriben:

*“La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de “ley” ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción”*²².

*La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe*²³. *El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica*²⁴, *igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se*

¹⁴ Según el doctrinante Pierluigi Chiassoni en su libro “Desencanto para abogados realistas”, el precedente judicial puede ser entendido en cuatro acepciones; (i) precedente-sentencia, (ii) precedente-ratio, (iii) precedente-ratio autoritativo y (iv) precedente-ratio decidendi consolidada o precedente orientación. Este último hace referencia a “la ratio decidendi por hipótesis común a –y repetida en– una serie (considerada) significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior (...) cuya ratio tienen que ver con la decisión sobre hechos y cuestiones del mismo, o similar tipo, con hechos y cuestiones sobre las cuales se trata decidir (...)”. Esta acepción es el precedente entendido en el sentido más restringido según el autor. Las demás acepciones hacen referencia similar al concepto propuesto por la Corte Constitucional en el sentido en que debe ser una sentencia anterior que trata de hechos cuestiones y elemento muy similares al caso que se pretende resolver.

¹⁵ El precedente, se diferencia del antecedente en que este último se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad. (Sentencia T-830 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

¹⁶ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁷ Cfr. sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio. Ver también las sentencias T-1317 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸ Ver entre otras, sentencias T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-209 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁹ Ver entre otras, T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-766 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio.

²⁰ Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2008 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²² En palabras de la Corte Constitucional: “La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión “ley”, pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía”. Cfr. Sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²³ En este sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-049 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-1720 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-820 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-162 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁴ Sobre este principio, es posible afirmar que el respeto del precedente se funda, principalmente, en el deber de un juez de fallar casos que presenten elementos fácticos y puntos en derecho similares, de manera igual, y no sorprender a los ciudadanos que acuden a la justicia, en virtud del respeto del principio de igualdad y la coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico. Por ello, un juez, en el caso en que lo encuentre necesario, si se aparta de una decisión anterior aplicable al caso que tiene bajo conocimiento, debe justificar la nueva postura y descalificar las otras consideraciones que han sido base de anteriores decisiones.

encuentra vinculado con el respeto a la igualdad²⁵ en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales²⁶. En palabras de la Corte Constitucional:

“La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”²⁷.

La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: “tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes” y “exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante”²⁸ (énfasis de la Sala).”

De conformidad con las razones expuestas, para la jurisprudencia de esta Corporación el desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical–, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe²⁹.

En efecto, en las sentencias como la T-934 de 2009³⁰, T-351 de 2011³¹, T-464 de 2011³² y T-212 de 2012³³, la Corte consideró que los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa desconocieron el precedente del Consejo de Estado, y en consecuencia, concedió los amparos solicitados por existencia de un defecto sustantivo, ya que en dichos casos, existía un precedente consolidado sobre la tasación de las indemnizaciones por daño moral, que había sido desconocida sin razones por las autoridades demandadas³⁴.

No obstante, la anterior regla no es absoluta ya que no puede ignorarse que el derecho es dinámico y que cada caso puede presentar elementos que no fueron concebidos con anterioridad en otros fallos judiciales; en esa medida, siempre que exista una justificación razonable y proporcional, las autoridades judiciales pueden apartarse de los precedentes judiciales en atención a su autonomía y a su independencia. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

“(…) vale aclarar que la regla de vinculación del precedente no puede ser adoptada de manera absoluta (…) Por ello, siempre que se sustenten de manera expresa, amplia y suficiente, las razones por las cuales va a desconocer o cambiar una posición anterior, el operador judicial puede apartarse de ella.

(…) el juez (singular o colegiado) sólo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos:

(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia). (ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera

²⁵ La sentencia C-104 de 1993 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, estableció el punto de partida jurisprudencial en relación con el derecho a la igualdad y las decisiones judiciales en los siguientes términos: “El artículo 229 de la Carta debe ser considerado con el artículo 13 *idem*, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de los jueces y tribunales en situaciones similares”.

²⁶ Ver sentencia T-683 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “La actividad judicial supone la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, aspecto que implica que el funcionario determine en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivar de ella, por esta razón, efectos distintos”.

²⁷ Cfr. Sentencia T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Entre otras, sentencias T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁸ Ver J. Bell. “Sources of Law”, en P. Birks (ed.) English Private Law, 1, Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. “El precedente en Colombia”. Revista de derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, páginas 81-94 (2008). Ver en el mismo sentido, “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005) “Casos que establecen una regla en la interpretación de una norma o situación concreta. Esto se identifica con los hechos, el problema jurídico, las consideraciones que sustentan y son relevantes para la decisión, y la solución que se declara para el caso. Para identificar un caso como precedente: stare decisis (casos previos que vinculan como precedente), ratio decidendi (la razón de ser de la decisión), obiter dicta (argumentos por decir que no son la razón de ser de la decisión ni son vinculantes para decisiones posteriores)” (traducción libre). “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005)

²⁹ Ver entre otras, sentencias T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-288 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-464 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

³¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³³ M.P. María Victoria Calle Correa.

³⁴ Lo mismo puede verse en sentencias T-156 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

18

suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)”³⁵.

Así las cosas, los jueces tienen como deber de obligatorio cumplimiento el de acoger las decisiones proferidas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa o constitucional) cuando éstas constituyan precedentes, y/o sus propias decisiones en casos idénticos, por el respeto del trato igual al acceder a la justicia. Sin embargo, pueden apartarse de dicho precedente, en el caso de decisiones adoptadas por órganos de cierre sería la misma Corporación y en el caso del precedente horizontal los mismos jueces, siempre que cumplan la carga argumentativa antes descrita y construyendo una mejor respuesta al problema jurídico, so pena de incurrir en la causal de procedibilidad de la tutela por defecto sustantivo o material, que tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas partícipes del proceso respectivo, entre otros.

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA EN EL CASO CONCRETO

Conforme a la decisión contenida en la sentencia T-309 de 2015 de la Honorable Corte Constitucional, y como causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso bajo examen, esta solicitud de amparo deberá considerarse procedente, por cuanto está presente la causal que hace referencia a:

Defecto material o sustantivo: para el caso en cuestión existe una clara vulneración frente al defecto material o sustantivo puesto que se puede evidenciar que los honorables jueces y magistrados realizaron una indebida aplicación para el presente caso puesto que como se dijo anteriormente tomaron de aplicación la mesada 14 prevista en el artículo 142 de la ley 100 de 1993 cuando la mesada que se estaba solicitando era la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 las cuales tal y como se demostró anteriormente son completamente diferentes, defecto que se cometió al proferirse las sentencias en cuestión.

Igualmente, los Actos Administrativos demandados, adolecen de vicios legales al haber violado normas de carácter superior, habiéndose incurrido en errores de derecho en sus distintas modalidades como quedo plasmado en los razonamientos expuestos, que considero suficientes, para que se declare la NULIDAD TOTAL de los Actos Administrativos enunciados y se RESTABLEZCA EL DERECHO de mi poderdante.

PRETENSIONES

PRIMERO: Comprobado cómo están los elementos axiológicos para la prosperidad de la acción, respetuosamente solicito **SE DEJE SIN EFECTOS** la sentencia emitida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCION SEGUNDA-SUBSECCION -E-** de fecha **08 de octubre de 2021**, mediante la cual REVOCO la sentencia emitida por el **JUZGADO 57 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** el **10 de septiembre de 2020**.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, solicito respetuosamente al Honorable Consejo de Estado se **ORDENE** al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “E”** a proferir sentencia de fondo ordenando al **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a Reconocer y pagar la** prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 **a la señora JOSEFINA THIRIAT ROJAS** identificado con la Cédula de Ciudadanía N°. **51.619.598** expedida en Bogotá.

TERCERO: Solicito cordialmente a su distinguida Sala oficiar al **Juzgado 57 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda** para que allegue en su integralidad **11001-33-42-057-2019-00167-01**, como quiera que el expediente ya ha sido devuelto del Tribunal al despacho de origen.

³⁵ Cfr. Sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

PRUEBAS

- 1. Copia simple de la sentencia proferida por el **Juzgado Cincuenta y Siete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá** de fecha **10 de septiembre de 2020**, que accede parcialmente a las pretensiones de mí representada.
- 2. Copia simple de la sentencia proferida por el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "E"** de fecha **08 de octubre de 2021** que confirma la sentencia de primera instancia.

ANEXOS

- 1. Poder conferido al suscrito por el poderdante para elevar esta acción.
- 2. Copia de la Cédula de Ciudadanía de mi representada.

COMPETENCIA

El **HONORABLE CONSEJO DE ESTADO** es competente para conocer de la presente **TUTELA** por ser el máximo órgano de la Jurisdicción Administrativa.

DECLARACIÓN

DECLARO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO, que no he interpuesto otra acción de tutela en relación con los hechos aquí narrados y que conozco el alcance de esta afirmación.

NOTIFICACIONES

Mi poderdante y el suscrito en la Calle 39 Bis B No. 29-52 de Bogotá D.C. E-Mail: colombiapensiones1@hotmail.com – atecionalcliente1.colpen@gmail.com – abogado26.colpen@gmail.com

AUTORIZACIÓN ESPECIAL

De la manera más respetuosa le manifiesto al Honorable Consejero(a) que autorizo expresamente a **BRAYAN ALEXANDER MOLANO CLAVIJO** identificado con cedula de ciudadanía **No. 1.032.502.572** de Bogotá D.C., a **DAVID ALEXANDER ARIAS POSSE** identificado con Cedula de ciudadanía **No. 1.010.210.139** de Bogotá D.C; quienes son asistentes o dependientes judiciales del suscrito, para que puedan examinar este proceso, así como para entregar y recibir oficios y certificaciones, sacar copia del fallo y demás actuaciones como dependientes judiciales.

De los Honorables consejeros,

CRISTIAN ANIBAL FERNANDEZ GUTIERREZ
C.C. 1.010.225.084 de Bogotá D.C.
T.P. 338.433 del C.S. de la J.

20



Cristian Fernandez <abogado26.colpen@gmail.com>

OTORGAMIENTO DE PODER TUTELA POR CORREO

1 mensaje

Equipo de Seguridad de Tu cuenta en línea <josefinathiriat51@hotmail.com>
Para: "abogado26.colpen@gmail.com" <abogado26.colpen@gmail.com>
Cc: Colombia Pensiones <colombiapensiones@gmail.com>

13 de enero de 2022, 9:23

Cordial saludo Señor Juez.

Me permito manifestar que el presente poder lo confiero por correo electrónico josefinathiriat51@hotmail.com, conforme lo faculta el artículo 5 del decreto legislativo 806 del 04 de junio de 2020, con destino al correo abogado26.colpen@gmail.com inscrito en el Registro Nacional de Abogados quién representa mis intereses en el presente proceso.

Sírvase señor Juez reconocerle la personería a mi apoderado.

Cordialmente

Josefina Thiriat Rojas
C.C 51.619.598

Josefina Thiriat Rojas

 OTORGAMIENTO PODER POR TUTELA.pdf
742K

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

Honorable:

CONSEJO DE ESTADO. - SECCION SEGUNDA -REPARTO.
E.S.D.

JOSEFINA THIRIAT ROJAS, identificada como aparece al pie de mi firma, por medio del presente escrito manifiesto que confiero **PODER ESPECIAL, AMPLIO Y SUFICIENTE** a los Doctores: **TONY ALEX ATUESTA SOLORZANO, CRISTIAN ANIBAL FERNANDEZ GUTIERREZ** y a **NORA YANINE CHAPARRO AVILA**, identificados civil y profesionalmente como aparecen al pie de sus correspondientes firmas, para que en mi nombre y representación inicien y lleven hasta su terminación **ACCIÓN DE TUTELA**, tendiente a obtener la protección de mis derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, principio de legalidad, acceso al juez natural, al debido proceso, a la seguridad jurídica, y a la igualdad vulnerados por **VIAS DE HECHO** por el **HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "E"**, mediante providencia de fecha **08 de octubre de 2021** que **REVOCO PARCIALMENTE** la sentencia de primera instancia proferida por el **JUZGADO CINCUENTA Y SIETE (57) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTA** de fecha **10 de Septiembre de 2020** la cual **ACCEDIO PARCIALMENTE** a las pretensiones de la demanda dentro del proceso N° **11001-33-42-057-2019-00167-01**.

Otorgo a mis apoderados las facultades para presentar Petición, Notificarse, Demandar, Conciliar, Recibir, Sustituir, Reasumir, Transigir, Desistir, presentar Acciones de Tutela, interponer los Recursos de Ley y en general los demás eventos tendientes a la defensa de mis intereses de conformidad al artículo 77 del C.G.P.

Sírvase señores consejeros, reconocerles personería a mis apoderados.

Cordialmente,


JOSEFINA THIRIAT ROJAS
C.C. N° 51.619.598

ACEPTO,

TONY ALEX ATUESTA SOLORZANO
C.C. 80.254.968 de Bogotá D.C.
T.P No. 312.174 del C.S. de La J.


CRISTIAN ANIBAL FERNANDEZ GUTIERREZ
C.C. 1.010.225.084 de Bogotá D.C.
T.P No. 338.433 del C.S. de La J.

NORA YANINE CHAPARRO AVILA
C.C. 52.477.785 de Bogotá D.C.
T.P. N° 260.674 del C. S. de la J.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO 57 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ - SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Expediente núm. :	11001-33-42-057-2019-00167-00
Demandante :	JOSEFINA THIRIAT ROJAS
Demandado :	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Medio de Control :	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema :	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN - DESCUENTOS DEL 12% EN SALUD Y PRIMA DE MEDIO AÑO

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Ley 1437 de 2011 - Sentencia

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Núm. 147

El Despacho profiere Sentencia en proceso promovido por la señora **JOSEFINA THIRIAT ROJAS**, identificada con la cédula de ciudadanía núm. 51.619.598 de Bogotá, contra la **Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria la Previsora S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La señora **JOSEFINA THIRIAT ROJAS**, por conducto de apoderada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la **Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Sociedad**

22

Fiduciaria La Previsora S.A. - FIDUPREVISORA S.A., el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones

(i) Que declare la **nulidad parcial** de la **Resolución núm. 1748 de 6 de marzo de 2019**, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuanto negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados el año anterior a la adquisición del estatus pensional y el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados con destino a la salud sobre las mesadas pensionales adicionales.

(ii) Que se declare la existencia y nulidad del acto ficto negativo producto del silencio de la Secretaría de Educación de Bogotá, Fondo de Previsión Social del Magisterio frente a la petición presentada el 27 de noviembre de 2018, en cuanto no se pronunció sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de medio año.

(iii) A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. - FIDUPREVISORA S.A. a:

(a) Reliquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, desde el 18 de noviembre de 2014 hasta el 17 de noviembre de 2015, incluyendo la prima de servicios, la prima especial y la prima de navidad acorde con lo establecido en la ley 91 de 1989.

(b) Suspender los descuentos aplicados a las mesadas pensionales adicionales con destino a aportes para salud y el reintegro de los dineros deducidos por tales conceptos.

(c) Ordenar el reconocimiento y pago de la prima de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO 57 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ - SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Expediente núm. :	11001-33-42-057-2019-00167-00
Demandante :	JOSEFINA THIRIAT ROJAS
Demandado :	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Medio de Control :	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema :	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN - DESCUENTOS DEL 12% EN SALUD Y PRIMA DE MEDIO AÑO

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Ley 1437 de 2011 - Sentencia

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Núm. 147

El Despacho profiere Sentencia en proceso promovido por la señora **JOSEFINA THIRIAT ROJAS**, identificada con la cédula de ciudadanía núm. 51.619.598 de Bogotá, contra la **Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria la Previsora S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La señora **JOSEFINA THIRIAT ROJAS**, por conducto de apoderada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Sociedad**

(d) Efectuar los reajustes anuales de ley sobre el valor la mesada pensional desde el momento en que se le reconoció la pensión y las diferencias desde su retiro del servicio hasta el momento, el pago de la respectiva indexación por razón de la variación del índice de precios al consumidor y las costas del proceso.

1.2. Fundamentos Fácticos

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

(i) La señora JOSEFINA THIRIAT ROJAS, nació el 17 de noviembre de 1960, y labora al servicio del Estado, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde el 15 de julio de 1993 hasta la fecha.

(ii) Mediante la **Resolución No. 3478 de 15 de junio de 2016**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció pensión de jubilación a la demandante, con efectos a partir del 18 de noviembre de 2015. Se le incluyeron como factores salariales únicamente la Asignación Básica, el Sobresueldo y la Prima de Vacaciones.

(iii) Desde el primer pago de la pensión, se le han realizado descuentos en salud sobre las mesadas pensionales adicionales, sin que exista norma que así lo autorice.

(iii) Mediante derecho de petición número E-2018-182440/2018-PENS-672955 del 27 de noviembre de 2018 solicitó al Fomag la revisión y ajuste de la reliquidación de pensión, porque no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional. Igualmente solicitó el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud aplicados a las mesadas adicionales desde que adquirió el estatus pensional.

(iv) La demandante solo tiene pensión de jubilación porque se vinculó después de 1980 y en consecuencia no es beneficiaria de la pensión gracia, por esa razón se solicitó a la entidad el pago de prima de medio año mediante petición No. E-2018-182440/2018-PENS-672955.

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

(v) A través de Resolución 1748 de 6 de marzo de 2019 la entidad ordenó el ajuste de la pensión de jubilación incluyendo la bonificación decreto, pero excluyó la prima especial, la prima de servicios y prima de navidad, negó el reintegro de los descuentos de salud y no se pronunció sobre el reconocimiento de la prima de medio año.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda fueron invocadas como violadas las normas contenidas en los artículos 2, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, las Leyes 57 y 153 de 1887, 33 y 62 de 1985, 91 de 1989, 60 de 1993, 812 de 2003 y 100 de 1993, así como el Decreto 1073 de 2002.

1.3.1. Violación de la Constitución Política y la Ley: Planteó la vulneración de las normas constitucionales y legales mencionadas, en cuanto la administración omitió dar cumplimiento al régimen especial que regula a la demandante, contenido entre otras en la Ley 812 de 2003, según el cual, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ingresaron al servicio con anterioridad a su vigencia, seguirán rigiéndose por el sistema pensional anterior, esto es, la Ley 91 de 1989, y por ello, en la liquidación de su pensión de jubilación debieron incluirse la totalidad de los factores de salario devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Añadió que la actora está cobijada por la Ley 91 de 1989, razón por la cual debe reconocérsele el pago de prima de medio año a quienes no perciban pensión gracia.

Así mismo, expuso que la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. - FIDUPREVISORA S.A. vulneró el mandato contenido en el Decreto 1073 de 2002, porque realiza descuentos sobre las mesadas pensionales adicionales con destino a aportes para salud, pese a la prohibición contenida en la norma aludida y la jurisprudencia sobre el tema.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Rad. núm. 110030042-057-2019-00167-00
Demandante: JOSEFINA THIRIAT ROJAS
Demandado: FOMAG – FIDUPREVISORA S.A.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por conducto de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la demandante, bajo el argumento de la carencia de legitimidad para soportar las reclamaciones, en razón de la asignación de competencia a los entes territoriales para la expedición de los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes del sector público.

En cuanto a la pretensión de reliquidación pensional con la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, adujo que acorde con la Sentencia de Unificación de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, en la liquidación del IBL pensional solo se podrán incluir aquellos factores sobre los cuales se hizo cotización.

En lo relacionado con las pretensiones de suspensión de descuentos con destino a aportes para salud, luego de exponer la normativa que regula la materia, manifestó que los actos acusados gozan de presunción de legalidad que los ampara y no excedieron los parámetros contemplados en las leyes 91 de 1989 y 812 de 2003.

La Fiduciaria la Previsora S.A, contestó la demanda de forma extemporánea.

3. TRAMITE PROCESAL

La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue radicada 12 de abril de 2019 (fl. 26), y admitida a través de auto del 26 de julio de 2019.

Las entidades accionadas fueron debidamente notificadas el 7 de octubre de 2019 y contestaron la demanda en los términos antes referidos.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto 806 de 2020 y en procura de imprimir celeridad al presente trámite ante la coyuntura provocada por las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretadas en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica previsto por el Decreto 637 de 2020, el Despacho, mediante auto interlocutorio proferido el 30 de julio

de 2020, notificado a las partes a través de correo electrónico, surtió las etapas procesales previstas por el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, frente al cual no fue interpuesto recurso alguno.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Superada con éxito la etapa probatoria y surtido el traslado consagrado por el artículo 181 ibídem, las partes presentaron dentro del término legal los correspondientes alegatos de conclusión, mediante escritos cuyos argumentos a continuación se sintetizan.

4.1. Parte demandante¹.

En primer lugar, expuso que el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución, estableció que en la liquidación de las pensiones sólo se tendrían en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones al sistema pensional, criterio ratificado en la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, que determinó que los factores a incluir son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado las respectivas cotizaciones al sistema pensional.

A la par de los anteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, órganos de cierre judicial, también se han manifestado en procesos cuya controversia fue decidir la forma de calcular el IBL de pensiones reconocidas bajo el amparo de la Ley 33 de 1985, que se debe aplicar el principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consistente en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídica.

Conforme a lo anterior, si bien es cierto sobre algunos de los factores salariales que devengó la actora en forma permanente, no le hicieron descuentos para aportar al sistema pensional y tampoco están en la lista

¹ Escrito que consta de siete (7) folios útiles, remitido por la apoderada judicial de la demandante a través de correo electrónico el día 10 de julio del 2020.

prevista en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, esto no es impedimento para que el Juez ordene la inclusión de los mismos. La jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que es viable incluir factores salariales devengados y con posterioridad realizar el descuento a que haya lugar con destino al Sistema de Seguridad Social, esto en razón al principio de correspondencia que existe entre lo devengado y lo cotizado.

En cuanto a los **descuentos en salud**, efectuado por la demandada sobre las mesadas adicionales de cada año, ratificó los argumentos indicados en el acápite demandatorio, sin embargo precisó que lo que corresponde los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales ordinarias, es claro que el numeral 5 del Artículo 8 de la Ley 91 de 1989, establece que FONPREMAG estará constituido entre otros recursos por el 5% de cada mesada pensonal que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

Finalmente, respecto de la **prima de medio año**, manifestó que este es un beneficio que se le otorga a aquellos docentes que no tuvieron derecho a percibir la pensión gracia y que, en garantía de tener una igualdad, se crea esta prima, la cual claramente solo es para aquellos que cumplen estos requisitos: (i) Ser docente vinculado al fondo de prestaciones sociales del magisterio del 1 de enero de 1981 al 26 de junio de 2003. (ii) Tener reconocimiento únicamente de Pensión de Jubilación y (iii) No tener derecho a Pensión Gracia, los cuales cumple la demandante.

De igual manera indicó, que aunque el Acto Legislativo establece que ningún pensionado podrá recibir más de 13 mesadas, también es cierto que esto se da en razón a la mesada 14 creada por la Ley 100 de 1993, la cual se dispuso para todos los pensionados, ya sea que gocen de una pensión jubilación, invalidez o sobrevivencia, mas no en lo concerniente a una prima que fue creada única y exclusivamente para los docentes quienes además deben de cumplir ciertos requisitos.

Así las cosas, solicitó tener en cuenta sus argumentos y que se ordene liquidar la pensión de jubilación del demandante con un IBL que incluya la totalidad

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

de los factores salariales que devengó en el año anterior al cumplimiento del status pensional y el pago (Descuento) de aportes a seguridad social, sobre los factores a reconocer y que no se hayan efectuado los respectivos descuentos de Ley, de igual forma, se ordene el reintegro y suspensión de los descuentos en salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Por lo antes expuesto solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

4.2. Parte demandada²

Manifestó que la entidad no incurrió en el defecto sustantivo alegado por la parte demandante, toda vez que la decisión cuestionada se encuentra debidamente sustentada y ajustada a derecho y en ella se utilizaron criterios de interpretación expuestos de manera razonada, que no implican desbordamiento del orden jurídico, otra cosa es que la actora discrepe de la interpretación normativa.

En este sentido, se tiene que lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, la cual dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG, conllevó a que se les aumentara el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, dado que de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen, por el contrario la Ley 91 de 1989 (normatividad que se encuentra vigente y por ello debe aplicarse) en su artículo 8° faculta al FOMAG para dicho trámite.

Por otra parte, en relación con la prima de navidad reclamada como factor salarial, además de no estar prevista en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, debe decirse que no constituye salario sino que corresponde al ámbito de las prestaciones sociales (Decreto 3135 de 1968, art. 5 Decreto 1045 de 1978).

² Escrito que consta de once (11) folios útiles, remitido por la apoderada judicial de las entidades demandadas a través de correo electrónico el día 4 de agosto del 2020.

En conclusión, no es dable acceder al petitum de la demanda, pues hacerlo transgrede abiertamente lo dispuesto por la Constitución Política y además implica para la Nación una carga excesiva que vulnera el principio de solidaridad del sistema de pensiones aunado a que existe una flagrante desfinanciación del mismo al tener en cuenta todo lo devengado y sobre lo cual el demandante no realizó la respectiva cotización, como se demostró en el plenario.

Finalmente hizo alusión a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019 con ponencia del Consejero César Palomino Cortés, sobre la forma de liquidar las pensiones de los docentes oficiales.

Teniendo en cuenta los argumentos anteriormente expuestos, solicitó, negar las pretensiones de la demanda.

4.3. Ministerio Público. No emitió concepto de fondo en la presente oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Juzgado es competente para el trámite, conocimiento y decisión del proceso, por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo a lo normado por los artículos 155, 156 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los planteamientos de la demanda y la contestación, el objeto del litigio se encuentra estrechamente relacionado con los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿La señora JOSEFINA THIRIAT ROJAS, identificada con la cédula de ciudadanía núm. 51.619.598 de Bogotá, tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989, para incluir la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior al cumplimiento del estatus pensional, en especial la prima de servicio, prima especial y prima de navidad, ordenando el correspondiente pago de las diferencias pensionales con los respectivos ajustes de ley, con fundamento en las Leyes 33 y 62 de 1985?

(ii) ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de medio año, que corresponde a una mesada pensional, con sustento en lo previsto por el literal b) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, desde el reconocimiento de su derecho pensional?

(iii) ¿Si la demandante, tiene derecho a la devolución de los dineros descontados por concepto de aportes con destino a la salud sobre las mesadas pensionales adicionales; y si es procedente ordenar la suspensión del descuento que por dicho concepto se viene realizando sobre las mismas, así como la devolución de dichas sumas con la respectiva indexación?

Para resolver los problemas jurídicos, el despacho desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) régimen pensional de los docentes oficiales; (ii) nuevo criterio unificador sobre los factores salariales que deben integrar la base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes exceptuados de la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral (iii) la mesada adicional de junio, denominada “*prima de medio año*”, consagrada por el literal b) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (iv) marco jurídico de los aportes con destino a salud en las mesadas pensionales adicionales y (v) caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1. Régimen pensional de los docentes oficiales

Como es sabido, por mandato expreso del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes del sector oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encontraban exceptuados del sistema de seguridad

social integral, razón por la cual, tales servidores públicos conservaron el régimen pensional administrado por dicho Fondo, que entre otras funciones cumplía la de realizar el reconocimiento de la pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año "(...) *para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley*", acorde con lo previsto por el literal b) del numeral 2º del artículo 15 *ibídem*.

Ahora bien, para la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989, el marco normativo de las pensiones del sector público era el previsto por la Ley 33 de 1985, que exigían acreditar un total de 20 años de servicio y contar con 55 años de edad para acceder a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Este criterio fue acogido por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado³.

Ello permaneció así hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, que vino a escindir el régimen pensional de los docentes oficiales, pues en su artículo 81 estableció que los docentes vinculados a partir de su entrada en vigencia (27 de junio de 2003), serían afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrían 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 sería de 57 años para hombres y mujeres.

Esa distinción, fue avalada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 superior, elevando a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el

³ Al respecto, pueden verse:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 14 de febrero de 2013, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente No. 25000-23-25-000-2010-01073-01 (1048-2012).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 13 de noviembre de 2014, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente No. 15001-23-33-000-2012-00170-01 (3008-13).

establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 (...)"

Del análisis anterior se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a. En principio, los docentes oficiales se encuentran exceptuados de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social por disposición expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
- b. Al estar exceptuados del Sistema, **no son beneficiarios del régimen de transición** establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.
- c. Para los docentes vinculados al servicio de educación pública antes del 27 de junio de 2003, el régimen pensional aplicable es el previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no estableció condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.
- d. Los docentes oficiales vinculados a partir de 27 de junio de 2003 ostentan los derechos pensionales del régimen de prima media contenido en la Ley 100 de 1993, con los requisitos allí previstos, con excepción del requisito de edad, que será de 57 años.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la demandante ha venido prestando sus servicios a la educación oficial afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional que la cobija es el contenido en la Ley 91 de 1989, que remite a las normas anteriores, es decir, a las Leyes 33 y 62 de 1985.

3.2. Nuevo criterio unificador sobre los factores salariales que deben integrar la base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes exceptuados de la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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”*. (Destaca el Despacho)

Dado que el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente, se impone que las condiciones en cuanto a edad y tiempo de servicios son las previstas en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que consagró dos aspectos básicos: i) la obligación del servidor público de pagar los aportes y, ii) los factores que conforman la **base de liquidación de los aportes** proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que deben corresponder a *“los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”*⁴.

Al respecto, en reciente pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019⁵, se definió que los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985, esto es: **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**, Esta posición rectificó el criterio

⁴ Ley 62 de 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"

⁵ Radicado 680012333000201500569-01 (0935-2017), C.P. César Palomino Cortés.

jurisprudencial que de antaño se había venido sosteniendo en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010.

Sobre el tema de los factores que deben integrar el IBL para las pensiones reguladas por la Ley 33 de 1985, la precitada sentencia de unificación acogió el criterio de interpretación consignado en la sentencia del 28 de agosto de 2018⁶ proferida por la misma Corporación, para determinar que los factores a 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, son únicamente aquellos sobre los que se hicieron las cotizaciones al sistema. Esto consignó la citada sentencia:

*“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” (Destaca el Despacho)*

Lo anterior, teniendo como fundamento lo previsto por el Acto Legislativo 01 de 2005 de acuerdo con el cual, **para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones**, sin que se exceptúen los docentes no están exceptuados de esta disposición razón por la cual, para el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Igualmente, se precisó en dicha oportunidad que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, radicación 52001-23-33-000-2012-00143-01, actor Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra la Extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, Ponente César Palomino Cortés.

1985, respecto de los cuales hubiere efectuado los respectivos aportes a pensión.

3.3. Mesada adicional de junio, denominada “*prima de medio año*”, consagrada por el literal b) numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

La denominada “*prima de medio año*” que corresponde a una mesada adicional extraordinaria que se causa en el mes de junio para los docentes del sector oficial, se constituye, por sí misma, en la mesada 14 ordinaria prevista en general para todos los pensionados, independientemente de la denominación que se le otorgue, y fue establecida durante cierto tiempo en favor de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según los dos regímenes que hasta la fecha se encuentran vigentes.

Con miras a brindar total claridad sobre la similitud entre la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y la “*prima de medio año*” contemplada por el literal b) numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995, al realizar el estudio de constitucionalidad del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dijo⁷:

“Los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1981⁸, tienen derecho, al cumplir los requisitos de Ley, a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Adicionalmente tendrán derecho a una prima de medio año equivalente a una mesada pensional⁹.”

Como puede verse, quienes son acreedores a la pensión de gracia y quienes fueron vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, cuentan con un beneficio asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, “gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”, puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.” (destaca el Despacho).

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-461 de 1995, sentencia de octubre 12 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ En este punto es necesario tener en cuenta que el tenor literal del artículo 15, numeral 2, literal B, de la Ley 91 de 1989 establece lo siguiente: “B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquéllos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990 (...).” Esta diferenciación de fechas se explica porque en el literal A, la pensión de gracia sólo se reconocerá hasta el 31 de diciembre de 1980. Otro elemento que puede explicar esta diferenciación se encuentra consignado en el artículo 2, numeral 3 de la misma Ley 81 en donde se establece: “3. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1º de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión o de las entidades que hicieren sus veces. (...).”

⁹ El pago de estas prestaciones sociales es responsabilidad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos del artículo 4 de esa ley, cuyo tenor es el siguiente: “El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. (...).”

Conforme a la autorizada interpretación de la Corte Constitucional, puede concluirse que todos los pensionados, sin importar el régimen, especial (*docente*) o general, para la época tenían derecho a percibir 14 mesadas al año, de donde se desprende que la denominada "*prima de medio año*" prevista por la Ley 91 de 1989 es precisamente la mesada 14 para el régimen especial de los docentes del sector oficial.

No obstante lo antedicho, **sea cual fuere el régimen pensional específico**, así como el origen normativo de la llamada mesada 14, el ya aludido Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó sustancialmente el artículo 48 superior, estatuyó que, **las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de su vigencia no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.**

Con todo, en el párrafo transitorio 6 del artículo 48 Constitucional fue establecida una suerte de alternativa restringida para la causación del beneficio de la mesada adicional de junio, consistente en consolidar el derecho pensional entre la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo y el 31 de julio de 2011, única y exclusivamente **para aquellos que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.**

Entonces, todo lo antes dicho fuerza concluir que según el texto constitucional la **mesada adicional de junio o mesada 14, solo puede ser reconocida y pagada a dos grupos poblacionales**, estos son: *i.* A quienes causaron su derecho pensional antes del 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005¹⁰, y *ii.* A quienes causaron su derecho pensional entre el 30 de julio de 2005, inclusive, y el 31 de julio de 2011, **siempre y cuando su mesada pensional no supere los tres (3) s.m.l.m.v.**

Así ha sido entendido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en múltiples pronunciamientos, coincidentes con el criterio expuesto, ha sentado las prerrogativas de reconocimiento de la mesada pensional adicional de junio¹¹.

¹⁰ Aunque el Acto Legislativo 01 de 2005 fue publicado primeramente en el Diario Oficial 45980 de julio 25 de 2005, su vigencia está dada por la publicación del Decreto 2576 de 2005, publicado en el Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005, cuyo artículo 2 ordena "publicar en el Diario Oficial el Acto Legislativo 01 del 2005 con la corrección que se establece en el presente decreto."

¹¹ Al respecto pueden verse:

- *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B"*, Sentencia de 29 de enero de 2015, Exp. No. 2012-0039 001, M.P. César Palomino Cortés.

3.4 Improcedencia de realizar descuentos con destino a aportes para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre

El párrafo del artículo 2º de la Ley 4ª de 1966, señaló que los pensionados cotizarían mensualmente un 5% del valor de su mesada pensional con destino a aportes para la salud, disposición reiterada por el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968, al señalar que los pensionados por jubilación, invalidez y retiro por vejez tendrían derecho a que la entidad que les pagara la pensión, les prestara asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria y, para tal efecto, deberían cotizar mensualmente el 5% del valor de la mesada. En el mismo sentido, el legislador reiteró dicho precepto en el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968.

A su vez, la Ley 4 de 1976, *“por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”*, consagró una mesada pensional adicional en el mes de diciembre para los pensionados de cualquier orden y, la Ley 43 de 1984, que clasifica las organizaciones de pensionados, establece en su artículo 5 la prohibición expresa del descuento para salud a los pensionados a los que se refiere esa norma, que para la época era del 5%, sobre la mesada adicional de diciembre.

No obstante lo anterior, el artículo 8, numeral 5 de la Ley 91 de 1989, estableció que los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estarían constituidos entre otros por el 5% de cada mesada pensional que pague el mismo Fondo, incluidas las mesadas adicionales, esto, en concordancia con lo previsto en el artículo 5, numeral 2 de la misma Ley que establece que entre los objetivos del Fondo, está el de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del mismo.

-
- *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”*, Sentencia de 22 de enero de 2015, Exp. No. 91001-33-33-001-2013-00199-01, M.P. Cerveleón Padilla Linares.
 - *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”*, Sentencia de 19 de septiembre de 2014, Exp. No. 11001-33-35-015-2013-00223-01, M.P. Amparo Oviedo Pinto.
 - *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”*, Sentencia de 13 de febrero de 2014, Exp. No. 110013335022201200279 01, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Ver acápite titulado “MATERIAL PROBATORIO”.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993, estableció el Sistema General de Seguridad Social Integral, e indicó en su artículo 279 que estarían excluidos de la aplicación de dicho régimen, entre otros, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin embargo, el inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, consagró que, el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** corresponde a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, la cuales señalaron que la cotización en salud sería del 12%, pero el artículo 204 de la Ley 100 fue modificado por la Ley 1122 de 2007, que incrementó el monto de dicha cotización al 12,5%.

Sin embargo, el referido artículo 204 de la Ley 100 de 1993, fue adicionado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, el cual dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que la Ley 238 de 1995 dispuso que **las excepciones consagradas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 no implican negación de los beneficios establecidos en los artículos 14 y 142 de la misma Ley 100**, el primero de los cuales consagró el derecho a un reajuste anual de las pensiones de acuerdo con el índice de precios al consumidor IPC y, el segundo, señaló que **los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, 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, tendrían derecho al reconocimiento y pago de 30 días de la pensión, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.**

Cabe recordar que, el referido artículo 142 de la Ley 100 de 1993, fue declarado **inexequible de manera parcial** por la Corte Constitucional, en Sentencia C-409 de 1994, en cuanto otorgaba dicho beneficio solo para los beneficiarios de las pensiones causadas y reconocidas antes del 1 de enero de 1988, de manera que en adelante, se reconocería, también a los pensionados después de esa fecha.

Por su parte, el artículo 50 de la Ley 100 de 1993 señaló que, **los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia** continuarían 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.

De otro lado, debe tenerse en cuenta, que el Decreto 1073 de 2002, reglamentario de las Leyes 71 y 79 de 1988, en su artículo 1 estableció la obligación por parte de las entidades administradoras o pagadoras de pensiones de efectuar los descuentos de ley, y el párrafo del mismo artículo dispuso que **“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 la mesadas adicionales”**.

El Consejo de Estado, en Sentencia del 03 de febrero de 2005¹², precisó que, aunque la norma antes citada no es clara, lo que quería decir es que, **las mesadas adicionales de que tratan los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, no serían objeto de descuentos**.

Adicionalmente, la alta Corporación resaltó que, las leyes 42 de 1982 (artículo 7º), y 43 de 1984 (artículo 5º) únicamente prohíben que se hagan descuentos sobre la mesada adicional de diciembre, la cual se rige hoy por el artículo 50 de la ley 100 de 1993, mientras que ninguna norma impide hacer descuentos sobre la mesada adicional de junio a la que se refiere el artículo 142, por lo tanto, consideró que el Ejecutivo se excedió en el ejercicio de su potestad reglamentaria al expedir el citado artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, razón por la cual, declaró la nulidad parcial del aparte resaltado del citado artículo.

En consecuencia, **quedó vigente la prohibición de hacer descuentos para salud sobre la mesada pensional adicional de diciembre** reglamentada por el artículo 50 de la Ley 100, **pero no la prohibición de descuentos sobre la mesada de junio** a que se refiere el artículo 142.

Así las cosas, en atención a lo señalado en el artículo 7º de la Ley 42 de 1982, el artículo 5º de la Ley 43 de 1984, el artículo 50 de la Ley 100 de 1993 y, el párrafo

¹² Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero (E), de 03 de febrero de 2005. Expediente: 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02).

del artículo 1º del Decreto 1073 de 2002, declarado parcialmente nulo mediante Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", el 03 de febrero de 2005, siendo Consejera Ponente la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, dentro del proceso con radicación 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02), se concluye que, en el caso de los pensionados del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, existe una prohibición expresa de **efectuar cualquier descuento sobre la mesada adicional del mes de diciembre**.

Además, como se indicó, a partir de la expedición de la Ley 812 de 2003, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, están obligados a cotizar a salud de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, **cuyos beneficiarios únicamente están obligados a cotizar con destino a aportes en salud sobre las mesadas ordinarias y no sobre las mesadas adicionales**.

4. Caso concreto

.- Cuestión previa. La configuración del acto ficto

El artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, establece que transcurridos tres (3) meses a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es **negativa**.

En ese orden, como la proposición jurídica de la demanda implica, la declaratoria de existencia del acto ficto producto del silencio administrativo negativo en que presuntamente incurrió la administración, respecto de la petición radicada el 27 de noviembre de 2018 ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuanto al reconocimiento y pago de la prima de medio año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, como quiera que no obra prueba alguna que permita establecer que existe respuesta a la petición indicada, y una vez superado el término previsto en el artículo 83 del CPACA, se impone declarar la existencia del acto ficto o presunto.

Análisis sustancial

Para resolver la controversia se tendrá en cuenta el material probatorio documental recaudado dentro del presente proceso, toda vez que su presunción de autenticidad no fue objetada por las partes, el cual le permite al Despacho tener como acreditados los siguientes supuestos fácticos:

(i).- Edad de la demandante: La señora **Josefina Thiriat Rojas** nació el 17 de noviembre de 1960¹³, y cumplió 55 años de edad el 17 de noviembre de 2015.

(ii).- Afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: La demandante se encuentra vinculada como docente del sector oficial al servicio de la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá desde el 15 de julio de 1993 a la fecha, siendo afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 24).

(iii).- Acto de reconocimiento pensional y reajuste: A través de la **Resolución No. 3478 de 15 de junio de 2016**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció pensión de jubilación a la demandante, con efectos a partir del 18 de noviembre de 2015, equivalente al 75% del IBL por valor total de \$2.667.919 Se le incluyeron como factores salariales únicamente la Asignación Básica, Sobresueldo y la Prima de Vacaciones (fs. 16 y 17). Posteriormente mediante **Resolución 1748 de 6 de marzo de 2019**, se reliquidó la pensión, incluyendo el factor bonificación decreto, quedando definitivamente en cuantía de \$2.689.282 efectiva desde el 18 de noviembre de 2015, pero con efectos fiscales desde el 27 de noviembre de 2015 por prescripción trienal (fs. 20 a 21).

(iv) Factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional: Según certificación expedida por la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá visible a folio 23 del expediente, la actora devengó durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, los siguientes factores: **a)** sueldo, **b)** sobresueldo **c)** prima especial, **d)** prima de servicios **e)** prima de vacaciones y **f)** prima de navidad.

¹³ Copia de la cédula de ciudadanía (fl.15)

Del mismo documento, se desprende también que únicamente realizó aportes con destino a pensión sobre el sueldo, sobresueldo y prima de vacaciones.

(vi) **Agotamiento del procedimiento administrativo respecto de la reliquidación pensional:** El 27 de noviembre de 2018, la demandante solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, la devolución de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales y el reconocimiento y pago de la prima de medio año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (fls. 17 a 19).

La petición anterior fue resuelta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución núm. 1748 de 6 de marzo de 2019, por la cual reliquidó la pensión de jubilación de la demandante para incluir en el IBL pensional la bonificación decreto, negó la devolución de los dineros descontados como aportes para salud sobre las mesadas adicionales y guardó silencio respecto del reconocimiento de la prima de medio año (fls. 20 a 21).

Establecidos los anteriores supuestos fácticos, le corresponde al Despacho resolver los problemas jurídicos planteados:

4.2.1. Pretensión de reliquidación pensional

El Despacho considera que **no es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación** de la señora **Josefina Thiriat Rojas**, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, pues acorde con la regla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, los factores salariales a tener en cuenta para efectos de liquidar las pensiones a las cuales les resulta aplicable la Ley 33 de 1985, son aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los aportes para pensión, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo, rectificando el

criterio jurisprudencial acogido en la Sentencia de 4 de agosto de 2010, con fundamento en los siguientes argumentos:

(i) El material probatorio allegado permite establecer que el régimen pensional que cobija a la actora es el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, lo anterior dado que prestó sus servicios a la educación oficial y estaba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para la fecha en que adquirió el estatus pensional.

(ii) De igual manera, advierte el Despacho que la pensión de jubilación de la actora fue liquidada con la inclusión de los factores salariales de asignación básica, sobresueldo, bonificación decreto y prima de vacaciones, acorde con lo ordenado en las Leyes 33 y 62 de 1985.

(iii) Ahora bien, aun cuando la demandante devengó también los factores de prima especial, prima de servicios y prima de navidad durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, según se desprende de la certificación obrante a folio 23 del expediente, dichos factores se encuentran excluidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

(iv) De otra parte, la actora no acreditó que efectuó aportes con destino a pensión sobre los factores salariales cuya inclusión reclama, por lo tanto, así los hubiese devengado en año anterior a la adquisición del estatus pensional, no pueden incluirse en la base de liquidación de la pensión por mandato expreso del artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

En ese orden de ideas, el Despacho concluye que no están llamadas a prosperar las pretensiones de nulidad del acto administrativo demandado en cuanto a la reliquidación pensional solicitada, toda vez que la situación de la demandante se encuentra debidamente reconocida y liquidada con sujeción al ordenamiento jurídico y los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, que son de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, acorde con lo establecido por el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

4.2.2.- Pretensión de reconocimiento de prima de medio año. Para el Despacho al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y de lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó sustancialmente el artículo 48 superior no es posible acceder al reconocimiento de esta prestación toda vez que la actora no se encuentra en las excepciones establecidas, en primer lugar porque su pensión fue reconocida a partir del año 2015 y adicionalmente por cuanto el monto de la misma excedía el valor de tres salarios mínimos cuando fue reconocida, teniendo en cuenta que lo fue en el año 2015, por valor de \$2.667.919 y el salario mínimo de la época era de \$ 644.350, de manera que lo liquidado como mesada pensional superaba el monto allí previsto.

4.2.3.-Pretensión de devolución de descuentos en salud sobre las mesadas adicionales

Como se indicó en precedencia, no es posible efectuar descuentos por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales, puesto que la norma que consagró dicha prerrogativa no establece tal deducción, además, por cuanto a partir de la expedición de la Ley 812 de 2003, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, están obligados a cotizar a salud en los mismos términos que lo están los beneficiarios de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esto es, **únicamente sobre las mesadas ordinarias** y no sobre las mesadas adicionales.

Conforme lo anterior, es claro para el Despacho que a la pensión de jubilación de la demandante, se le han realizado descuentos por concepto de aportes con destino a la salud sobre las mesadas adicionales, sin que éstos estén autorizados por la ley.

Por lo anterior, es de concluir que la actuación administrativa cuya legalidad es objeto de control en esta sede Judicial es contraria al ordenamiento jurídico, razón que impone a este Juzgado declarar la nulidad parcial de la Resolución núm. 1748 de 6 de marzo de 2019, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero solo respecto de numeral 3, a través del cual se negó la solicitud de reintegro de los descuentos por concepto en salud solicitados por la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Fiduciaria la Previsora S.A que cese de manera definitiva los descuentos por concepto de aportes con destino a la salud sobre las mesadas adicionales y devuelva a la actora las cantidades descontadas, a partir del 18 de noviembre de 2015, sin perjuicio de la prescripción trienal consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, respecto de las sumas de dinero cuya devolución no fue reclamada en forma oportuna.

.- **Ajuste de valor.** La suma que deberá pagar la entidad condenada como devolución de aportes a la parte demandante deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. Lo anterior de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente **R** se determina multiplicando el valor histórico (**Rh**), que es lo dejado de percibir por la parte demandante del reajuste de su pensión, 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 causaron 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 descuento con destino a aportes para salud de las mesadas adicionales, teniendo en cuenta que el índice inicial es el

vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

.- Prescripción

Teniendo en cuenta que a la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución núm. 3478 de 15 de junio de 2016 que se hizo efectiva a partir del 18 de noviembre de 2015 (fs. 16 y 17), que presentó la reclamación en sede administrativa el 27 de noviembre de 2018, es de concluir que operó la prescripción trienal, respecto de los descuentos realizados con anterioridad al **27 de noviembre de 2015**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

En consecuencia, habrá lugar a la devolución de las sumas descontadas por concepto de aportes a salud respecto de las mesadas adicionales percibidas por la demandante a partir del **27 de noviembre de 2015**, toda vez que las anteriores se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción como se dejó expuesto.

.- Intereses

En lo que respecta al pago de intereses moratorios, el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que solo habrá lugar al pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia que imponga una condena judicial o del auto que apruebe una conciliación, por lo tanto, corresponderá a la entidad demandada verificar esa circunstancia al momento de efectuar el pago de la condena correspondiente.

La entidad deberá dar cumplimiento a esta providencia de conformidad a lo dispuesto en los artículos 187 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

.- Costas. Por último, no se acreditó que se hubiesen causados costas en esta instancia y en consecuencia no se condenará por dicho concepto.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado 57 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR la existencia del acto ficto negativo producto del silencio administrativo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio respecto de la petición presentada por la demandante **Josefina Thiriat Rojas**, identificada con la cédula de ciudadanía núm. 51.619.598 de Bogotá, el 27 de noviembre de 2018, referido al reconocimiento y pago de la prima de medio año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la **Resolución núm. 1748 de 6 de marzo de 2019**, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero solo respecto de numeral 3, a través del cual se negó la solicitud de reintegro de los descuentos por concepto en salud solicitados por la demandante, acorde con los argumentos consignados en la motivación de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **cesar** en forma definitiva los descuentos por concepto de aportes a la salud sobre las mesadas pensionales adicionales siempre que se hubieren causado y generado, respecto de la pensión de jubilación de la señora **Josefina Thiriat Rojas**, identificada con la cédula de ciudadanía núm. 51.619.598 de Bogotá.

CUARTO: CONDENAR a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que a través de la **Fiduciaria la Previsora S.A** como administradora de los recursos de dicho fondo, proceda a devolver a la señora **Josefina Thiriat Rojas**, identificada con la cédula de ciudadanía núm. 51.619.598 de Bogotá, los aportes con destino a

Rad. núm. 110030042-057-2019-00167-00
Demandante: JOSEFINA THIRIAT ROJAS
Demandado: FOMAG – FIDUPREVISORA S.A.

la salud que fueron descontados sobre las mesadas pensionales adicionales, a partir del **27 de noviembre de 2015** por prescripción trienal.

QUINTO: A las sumas que resulten a favor de la parte demandante se les debe aplicar la fórmula de la indexación señalada en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR PRESCRITAS las sumas de dinero que por concepto de aportes para salud fueron descontadas de las mesadas adicionales de la demandante con anterioridad al **27 de noviembre de 2015**.

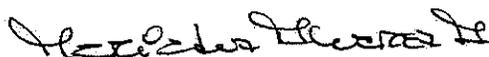
SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Sin condena en costas en esta instancia.

NOVENO: DÉSE CUMPLIMIENTO a la presente providencia dentro de los términos establecidos en los artículos 187 a 195 de la Ley 1437 de 2011. Las cantidades líquidas reconocidas devengarán los intereses previstos por el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

DÉCIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, **devuélvase** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso, si la hubiere, y **archívese** el expediente, previas las constancias de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase



MARÍA LUZ ÁLVAREZ ARAÚJO

Jueza



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "E"
SISTEMA ORAL

Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO

SENTENCIA No. 171

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
REFERENCIA:	11001-33-42-057-2019-00167-01
DEMANDANTE:	JOSEFINA THIRIAT ROJAS
DEMANDADO:	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FONPREMAG Y FIDUPREVISORA S.A.
TEMAS:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN DOCENTE/ DESCUENTOS EN SALUD/ PRIMA MEDIO AÑO/ NO REFORMATIO IN PEJUS
DECISIÓN:	REVOCA SENTENCIA QUE ACCEDE PARCIALMENTE

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Subsección "E" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020, por el Juzgado Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del CPACA, la señora Josefina Thiriat Rojas formuló demanda para que previos los trámites de un proceso ordinario y con citación del Ministerio Público, en sentencia de fondo que haga tránsito a cosa juzgada, se acceda a las siguientes pretensiones y condenas invocadas en la demanda:

"PRIMERO: Solicito que se declare la NULIDAD PARCIAL de la Resolución número 1748 de 6 de marzo de 2019, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio Regional Bogotá DC, mediante la cual SE ORDENA EL AJUSTE DE UNA PENSIÓN JUBILACIÓN Y NIEGA EL REINTEGRO Y SUSPENSIÓN DE LOS DESCUENTOS EFECTUADOS POR

CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES.

SEGUNDO: Solicito que se declare la NULIDAD del ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO, originado por el silencio administrativo proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues NO se pronunció sobre la petición E-2018-182440 del 27 de noviembre de 2018, respecto del reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

TERCERO: Solicito que como consecuencia de la declaratoria de NULIDAD PARCIAL de la Resolución número 1748 del 06 de marzo de 2019 y de la NULIDAD del ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO originado por el silencio administrativo proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Fidupervisora S.A. se CONDENE la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOGOTÁ D.C., y FIDUCIARIA LA PREVISORA .SA, respectivamente, a proferir el acto administrativo que RECONOZCA Y PAGUE a favor de mi poderdante:

3.1 La revisión y ajuste de la pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados por mi representada en el año anterior al cumplimiento de su ESTATUS PENSIONAL, esto es 18 de noviembre de 2014 al 17 de noviembre de 2015, incluyendo para el efecto además de los ya reconocidos, también LA PRIMA DE SERVICIOS, LA PRIMA ESPECIAL y LA PRIMA DE NAVIDAD acorde con lo establecido en la Ley 91 de 1989.

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.

3.4 Ordenar el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, de la cual tiene derecho mi poderdante.

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 de (sic) en qué 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.AC.A..

SEXTO: Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.”¹

1.2 HECHOS²

- La señora Josefina Thiriat Rojas nació el 17 de noviembre de 1960 y labora como docente oficial cotizando para el Fonpremag desde el 15 de julio de 1993 hasta la fecha.

¹ Fl. 2

² Fl. 3

- Mediante Resolución N° 3478 de 15 de junio de 2016 proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se reconoció a la demandante pensión de jubilación, efectiva a partir del 18 de noviembre de 2015, en la que se incluyeron como factores la asignación básica, el sobresueldo y la prima de vacaciones.
- Desde el primer pago de la mesada pensional, se vienen efectuando descuentos con destino a salud en las mesadas adicionales sin que exista norma vigente que así lo ordene, tanto en el régimen general como en el especial que rige las pensiones del personal oficial docente.
- Mediante derecho de petición E-2018-182440 / 2018-PENS-672955 de 27 de noviembre de 2018 se solicitó la revisión y reajuste de la pensión jubilación para que se reconocieran todos los factores, se reintegraran los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada año y se le reconociera la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
- Para resolver las pretensiones anteriores, la entidad profirió la Resolución N° 1748 de 6 de marzo de 2019, por medio de la cual reajustó la pensión con inclusión de la bonificación decreto; negó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud y no se pronunció sobre el reconocimiento de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

1.3 CONCEPTO DE VIOLACIÓN Y NORMAS VULNERADAS

Como normas violadas, la parte actora invocó los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución, las leyes 57 y 153 de 1887, 91 de 1989, 33 y 62 de 1985, 4 de 1992, 60 de 1993, 115 de 1993, 100 de 1993 y 812 de 2003 y el Decreto 1073 de 2002.

Dentro de su concepto de violación³, manifiesta que la actora tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación conforme las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 con el 75% de lo percibido durante el último año de servicios anterior al estatus pensional, por lo cual, los actos demandados adolecen de vicios legales por desconocimiento de normas de carácter superior.

Refiere que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que establece el régimen prestacional docente, la demandante tiene derecho a que se le reconozca la prima de medio año que se otorga a aquellos a los que no se les reconoce la pensión gracia.

En materia de descuentos en salud, afirmó que se advierte una notable transgresión a lo establecido en el Decreto 1073 de 24 de mayo de 2002, en razón a que dicha norma prohíbe en el parágrafo del artículo 1 que se efectúen deducciones en las mesadas adicionales.

³ Fls. 3- 11

Manifiesta que, a su vez, la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente el descuento en las mesadas adicionales, al remitir las cotizaciones de los docentes a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 las cuales no contemplan tales deducciones con destino a salud.

2. CONTESTACIÓN

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora⁴ contestaron demanda mediante el mismo apoderado, de la siguiente manera:

En materia de reliquidación pensional, indica que de conformidad con lo previsto en las sentencias de unificación de 28 de agosto de 2018 y de 25 de abril de 2019, el personal docente vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplica el régimen pensional de los empleados del orden nacional, previsto en la Ley 33 de 1985. La prestación se liquidará con los factores que sirvieron de base para realizar las cotizaciones, los cuales se encuentran previstos en la Ley 62 de 1985.

Frente a la suspensión y reintegro de los descuentos realizados en las mesadas adicionales que devenga la actora, la entidad sostuvo que en la forma prevista en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 estas deducciones proceden por parte del fondo frente a todas las mesadas. El monto de los aportes se equiparó a las previsiones de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 de conformidad con lo indicado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, sin modificar su régimen con lo cual procede el descuento. Por último, señala que los descuentos contribuyen a la financiación del sistema en virtud del principio de solidaridad del sistema general de seguridad social.

En cuanto a la Fiduprevisora, ésta indicó que únicamente actúa como vocera y administradora del fondo y no es la encargada de expedir actos administrativos en materia prestacional por lo que existe falta de legitimación en la causa por pasiva.

3. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia de 10 de septiembre de 2020⁵, el Juzgado Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

El a quo declaró la existencia de **acto ficto o presunto** frente a la petición presentada el 13 de noviembre de 2018 a la Secretaría de Educación Distrital para

⁴ Fls. 49-60 y 68-81

⁵ Fls. 93-106

que le fuera reconocida la prima de medio año, en tanto no existe prueba de que se le hubiera dado respuesta.

En cuanto a la **reliquidación pensional**, considero que de acuerdo con la fecha de vinculación de la actora el 15 de julio de 1993 el régimen pensional aplicable es la Ley 91 de 1989 y conforme a esta el ingreso base de liquidación debe establecerse con los factores previstos en la Ley 62 de 1985 incluyendo aquellos sobre los que efectuó aportes. Así las cosas, la demandante no acreditó que efectuó cotizaciones sobre las primas de servicios, navidad y especial, y además se encuentran excluidas de la Ley 62 de 1985 por lo que no hay lugar a la reliquidación con su inclusión ya que la prestación fue reconocida conforme al ordenamiento jurídico y a los lineamientos jurisprudenciales.

En materia de **descuentos en salud**, afirma que a partir de la Ley 812 de 2003, los docentes afiliados al fondo están obligados a cotizar en los mismos porcentajes de los beneficiarios de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que tienen previstas deducciones únicamente sobre mesadas ordinarias; siendo esa la razón por la cual procede la declaratoria parcial de nulidad y en tal virtud, ordenó al fondo demandado cesar tal deducción y devolver los valores descontados desde el 27 de noviembre de 2015 por prescripción trienal teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se presentó el mismo día y mes de 2018.

Sobre la solicitud de reconocimiento de la **prima de medio año**, el a quo sostuvo que de conformidad con lo previsto en el Acto legislativo 001 de 2005 no es posible acceder al reconocimiento de esta prestación, por cuanto la situación de la actora no encaja en ninguna de las excepciones establecidas para su reconocimiento, pues en primer lugar la pensión le fue reconocida en 2015 y el monto de su pensión para ese año superaba los tres (3) salarios mínimos.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1 La parte actora interpuso y sustentó recurso de apelación⁶ a través del cual se refirió así a la procedencia de las pretensiones:

Frente a la **reliquidación pensional**, manifestó que, de acuerdo con el análisis de las sentencias de 4 de agosto de 2010, 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, la pensión debe liquidarse con la totalidad de factores de salario sobre los que se hubieran realizado aportes, siendo el empleador el que debió realizar tales deducciones, por lo que si los mismos no se hicieron, esto no puede afectar el derecho a que se le reconozcan todos aquellos salarios que devengo de manera habitual y se ordene la deducción que corresponda.

En cuanto a la **prima de medio año**, indica que ésta se encuentra prevista en la Ley 91 de 1989 y para su reconocimiento al personal docente, debe haberse vinculado entre el 1 de enero de 1981 y el 26 de junio de 2003, no ser acreedor de

⁶ Fls. 111-115

la pensión gracia y tener reconocida pensión de jubilación, por lo que tal beneficio especial del personal docente no puede asimilarse a la mesada 14 prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y por tanto no está cobijada por las limitaciones del Acto Legislativo 001 de 2005.

4.2 La parte demandada⁷ sostuvo a través de su apoderada común que interponía recurso de apelación por cuanto el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 por medio del cual se crea el fondo, establece la deducción del 5% como aporte de los pensionados afiliados en todas las mesadas. Posteriormente, la Ley 812 de 2003 equiparó los porcentajes conforme lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, sin perjuicio de lo previsto en la norma especial, postura que además se encuentra ligada al principio constitucional de solidaridad

II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

1. TRÁMITE

A los recursos se les dio el trámite del artículo 247 del CPACA, así: a través de auto de 11 de agosto de 2021⁸, el Tribunal admitió las apelaciones y posteriormente, el 25 de agosto de 2021⁹, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de diez (10) días y vencido éste, al Ministerio Público para que emitiera el respectivo concepto.

En la oportunidad procesal las partes presentaron escrito de alegados. El representante del Ministerio Público guardó silencio.

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte Demandante¹⁰: Trae a colación los argumentos expuestos en la demanda respecto de la procedencia de la reliquidación pensional con inclusión de las primas de servicios, navidad y especial, el reconocimiento de la prima de medio año prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 para el personal docente y frente a la suspensión y reintegro de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales solicita se aplique el precedente judicial de unificación.

Parte Demandada¹¹: Reitera los argumentos del recurso de apelación respecto de los descuentos en salud en las mesadas adicionales e invoca como argumento adicional para negar la suspensión y reintegro de tales valores, lo previsto en la sentencia de unificación SUJ-024-CE-S2-2021 que avala tal deducción.

En materia de reliquidación pensional señala que los factores a incluir son los previstos en la Ley 33 de 1985 o el Decreto 1158 de 1994 según el régimen aplicable y en todo caso solo sobre los cuales se efectuaron las cotizaciones.

⁷ Fls. 116-121

⁸ Fl. 135

⁹ Fl. 139

¹⁰ Fls. 154-158

¹¹ Fls.142-146

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

De conformidad a lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal Administrativo es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto dentro del proceso de referencia, por ser el superior jerárquico del Juzgado Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, por lo que procede a resolver de fondo.

Surtidas a cabalidad las etapas procesales de esta instancia y al establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, es el momento de dirimir la misma y proferir decisión de fondo.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo previsto en el artículo 328 del Código General del Proceso en materia de competencia del superior y con lo expuesto por las partes en los recursos de apelación respectivos, la Sala debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

- I) Determinar si le asiste el derecho a la señora Josefina Thiriat Rojas a que su pensión sea liquidada con la totalidad de factores devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición de su estatus pensional,
- II) Si le asiste derecho a la actora al reconocimiento y pago de la prima de medio año a que se refiere el literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y,
- III) Si procede la suspensión y reintegro de las sumas descontadas en las mesadas adicionales que percibe la actora, por concepto de aportes a salud.

3. TESIS DE LA SALA

Revisado el fundamento fáctico, normativo y jurisprudencial que rodea al caso de autos, la Sala considera que no le asiste derecho a la señora Josefina Thiriat Rojas a que se incluyan dentro de la liquidación de su mesada pensional la totalidad de factores percibidos en el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, puntualmente, las primas de navidad, y especial, toda vez que no fueron objeto de cotización y no se encuentran taxativamente previstas en el listado establecido en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó la Ley 33 del mismo año.

En cuanto a la prima de medio año, no hay lugar a su reconocimiento en tanto la parte actora consolidó su derecho pensional en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 y con posterioridad al 31 de julio de 2011 como fecha máxima para su reconocimiento de manera condicionada en virtud del monto de la prestación.

58

Respecto de la suspensión y reintegro de las sumas descontadas en las mesadas adicionales por concepto de aportes a salud, éstas no deben ser reintegradas como quiera que en virtud de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, las deducciones por aportes a salud están permitidas, además de que estas ayudan a financiar el régimen subsidiado del sistema general de seguridad social, en virtud del principio de sostenibilidad del sistema de acuerdo con el precedente fijado por el órgano de cierre de la jurisdicción en sentencia de unificación.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones debe ser revocada en lo referente a la suspensión y reintegro de los descuentos realizados en las mesadas adicionales por concepto de aportes a salud.

4. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS

4.1. RELIQUIDACIÓN PENSION

4.1.1 Régimen Pensional de los Docentes

Prevé el artículo 81 de la Ley 812 de veintiséis (26) de junio de dos mil tres (2003), publicada mediante el Diario Oficial No. 45231 de junio veintisiete (27) de dos mil tres (2003), que en su artículo 81 indicó:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley (...).”

Las normas anteriores a que hace referencia la norma en cita corresponde a las establecidas en la Ley 91 de veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), *“por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio* que en materia pensional señalan:

“Artículo 15°.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- 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.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2.- Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar está a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.(...)"

Así las cosas, los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990 tiene derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio, de conformidad con el régimen vigente para el sector público nacional, que no era otro que el previsto en las leyes 33 y 62 de 1985.

Por su parte la Ley 33 de 1985 establece en materia pensional:

"Artículo 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) 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. **Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978**

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. "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; prima técnica; 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."(...)"

En consecuencia, la pensión de jubilación del personal docente regido por la Ley 33 de 1985 debe liquidarse conforme a los factores taxativamente previstos en el artículo 3 antes referido.

4.1.2 Postura Jurisprudencial asumida por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019

El Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019¹², definió el alcance de la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018¹³, sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Sentencia del 25 de abril de 2019, C. P. César Palomino Cortés, Exp. 680012333000201500569-01

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2018, C. P. César Palomino Cortés, Exp. 520012333002012-00143-01.

bajo la Ley 33 de 1985, norma aplicable al personal docente vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 según se analizó.

En esa oportunidad, la Sala Plena del Consejo de Estado analizó la interpretación que debía darse al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, situación que no guarda relación con el objeto de la presente controversia que refiere al reajuste de la pensión de un docente a quien le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 33 de 1985; no obstante lo anterior, en dicho pronunciamiento se fijó la forma en que debía liquidarse las pensiones de los servidores públicos regidos por esa normativa, recogiendo la tesis planteada en sentencia de 4 de agosto de 2010 en la que se había indicado que el listado de factores allí establecido era enunciativo y no taxativo.

Ahora bien, en la sentencia de unificación 25 de abril de 2019, la Sección Segunda del Consejo de Estado fijó la siguiente regla para liquidar las pensiones del personal docente vinculado con anterioridad a 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”

Para sustentar esta nueva interpretación, esa alta Corporación consideró:

“65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: *“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”*. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%

67

✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **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**”

Dicho esto, la Sala extrajo dos reglas de unificación, así:

“72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

b. **Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”**

4.2 PRIMA DE MEDIO AÑO

Establece el literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989:

“**Artículo 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...).

2º Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 31 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme el Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. **Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales o nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”**

62

Por su parte, la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 142 e reconocimiento de una mesada adicionales en el mes de junio de cada año, así:

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS.

<Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, 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, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988,~~ 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.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”

La norma anterior fue declara parcialmente inexecutable en los apartes tachados, mediante sentencia C- 409 de 1994 proferida por la Corte Constitucional, por considerar que esa limitante en el tiempo constituía una condición discriminatoria.

Luego, con la expedición del Acto Legislativo 001 de 2005 del 22 de julio de 2005, se adicionó el artículo 48 constitucional, eliminando la mesada de junio, así:

“Artículo 1°.- El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. (...)

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la Fuerza Pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo.

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento. (...)

PARÁGRAFO TRANSITORIO 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.

Con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 se restringió en todos los sectores la posibilidad de devengar a medio año una mesada adicional, para quienes se pensionen con posterioridad al 25 de julio de 2005, con excepción de aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011

63

4.3 DESCUENTOS EN SALUD

4.3.1 Descuento régimen general

Sea lo primero destacar que fue la ley 4ª de 1966¹⁴ la que estableció el aporte obligatorio a la Caja Nacional de Previsión Social por parte de los afiliados, en los siguientes términos:

“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.

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

Dicha norma fue reiterada por el Decreto 3135 de 1968, que dispuso:

“Artículo 37º.- Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión.”

A su vez, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, indicó que el descuento debía realizarse de cada mesada pensional, así:

“ARTICULO 90. PRESTACION ASISTENCIAL. 1. Los pensionados por invalidez, jubilación o retiro por vejez, tienen derecho a asistencia médica, farmacéutica, de laboratorio, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar, sin restricción ni limitación alguna.

2. Dicha prestación asistencial se suministrará al pensionado por la entidad, establecimiento, empresa o sociedad de economía mixta que pague la correspondiente pensión, bien directamente o mediante contratación con una entidad de previsión social.

3. Todo pensionado está obligado a cotizar mensualmente a la entidad pagadora el cinco por ciento (5%) del valor de su respectiva pensión, para contribuir a la financiación de la prestación asistencial a que se refiere este artículo, suma que se descontará de cada mesada pensional”.

Posteriormente, en la Ley 4ª de 1976¹⁵ se consagró la mesada pensional adicional de diciembre para los pensionados de cualquier orden, en los siguientes términos:

“Artículo 5º.- Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto”.

¹⁴ 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.

¹⁵ Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.

64

Por su parte, la Ley 43 de 1984, que clasifica las organizaciones de pensionados, establece en su artículo 5° la prohibición expresa del descuento para salud, que para la época era del 5%, de la mesada adicional de diciembre, así:

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

Posteriormente fue expedida la Ley 100 de 1993, que crea el sistema de seguridad social integral y que en sus artículos 50 y 142, estableció la mesada pensional adicional de junio, así:

“**ARTICULO. 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.”

(...)

“**ARTICULO. 142. -Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, 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.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

PARAGRAFO.-Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión **sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.** Texto resaltado, declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 529 de 1996

ARTICULO. 143.-Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales”.

A su vez, en el artículo 19 *ídem*, frente a las cotizaciones mensuales en el régimen contributivo, se estableció:

“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”.

65

En similar sentido, el Decreto 1073 de 2002, reglamentario de las Leyes 71 y 79 de 1988, prevé en su artículo 1° los descuentos permitidos sobre las mesadas pensionales, en éste se estableció la prohibición de los mismos sobre las mesadas pensionales adicionales, en los siguientes términos:

“Artículo 1°. 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. 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”. (Destacado por la Sala).

No obstante, dicha norma fue declarada nula por el Consejo de Estado¹⁶ en sentencia del 3 de febrero de 2005, con base en los siguientes argumentos:

“La Sala advierte, en primer término, que cuando el decreto acusado, dispuso respecto de los “descuentos de que tratan estos artículos”, no hizo relación con los artículos 50 y 142 de la ley 100 de 1993, por la potísima razón de que en estos no se gobernó descuento alguno, como atinadamente lo alegó el actor, sino con los artículos del decreto 1073, lo cual es bien distinto; si no fuere así, la norma no tendría sentido, dada su pésima redacción; en realidad, para la Sala, la norma acusada quiso decir simplemente que las mesadas adicionales establecidas en los artículos 50 y 142 de dicha ley, no serían objeto de descuento.

Ahora bien, es cierto que tanto la ley 42 de 1982 (artículo 7°), como la ley 43 de 1984 (artículo 5°) se relacionan con la mesada adicional que deben recibir los pensionados en el mes de diciembre de cada año (regida hoy por el artículo 50 de la ley 100 de 1993), **pero no con la mesada del mes de junio, gobernada por el artículo 142 ibídem, por lo que, en este punto, sí tiene razón el demandante, pues no existe norma legal que impida hacer descuentos de esta mesada adicional y, por ende, a juicio de la Sala el ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria.**

La nulidad que declarará la Sala del parágrafo del artículo 1° del decreto acusado, se dispondrá, entonces, solo respecto de la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993. En lo demás, la pretensión se denegará. (...).”

Ahora bien, es pertinente señalar que el artículo citado fue derogado expresamente por el art. 1° del Decreto 057 de 2015 que señaló:

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 3 de febrero de 2005, Exp No. 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02), C.P. Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

68

“**Artículo 1°.** Modificase el artículo 14 del Decreto número 1703 de 2002, el cual quedará así:

Artículo 14. Devolución de pagos dobles de cobertura. Las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán estar afiliados simultáneamente a un Régimen Especial o de Excepción y al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios, o utilizar paralelamente los servicios de salud en ambos regímenes.

Quando la persona afiliada como cotizante a un régimen especial o de excepción o su cónyuge, compañero o compañera permanente, tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el aportante deberá efectuar la respectiva cotización al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga). Los servicios asistenciales serán prestados exclusivamente a través del Régimen Especial o de Excepción y, las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de Cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos” (Subrayas propias)

La precitada norma que reemplazó el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002 que propende por evitar una doble afiliación -al régimen exceptuado y al Sistema General de Seguridad Social en Salud- señaló indiscutiblemente que la persona afiliada por ejemplo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá efectuar los aportes al FOSYGA de los ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar.

Finalmente, el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, modificó la Ley 100 de 1993 y previó el monto de la cotización mensual de cada pensionado, en los siguientes términos:

“La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009.

El Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el plan de salud obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación de que habla en artículo 222.

PARAGRAFO. 1°- La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley.

PARAGRAFO. 2°- Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos”.

4.3.2. Descuentos régimen pensional docentes

La Ley 91 de 1989 previó en el numeral 5° del artículo 8° lo siguiente:

“Artículo 8°.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

(...)

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados.”

En esa medida, se advierte que contrario a la situación descrita para los pensionados del régimen general, todas las mesadas pensionales de los docentes son objeto de descuentos para efectos de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales (artículo 5° de la Ley 91 de 1989), debido a que su norma especial no especifica ninguna excepción para esa erogación.

Ahora bien, conviene señalar que dicho monto se mantuvo hasta la expedición de la Ley 812 de 2003 el 26 de junio de 2003, que en su artículo 81 indicó:

“Artículo 81. (...)

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...”

Lo anterior significa, que a partir de la entrada en vigencia de esta norma los docentes que perciban pensión deben aportar para salud en la misma proporción estimada para los jubilados bajo con el régimen general, la cual está estimada en un 12% - artículo 204 de la Ley 100 de 1993¹⁷ -, sin que se entienda que hubo un cambio de régimen para este personal, como quiera que la disposición relacionada con el sistema de seguridad social integral los excluyó de su aplicación, tal como lo indica su artículo 279.

En concordancia con lo antes expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto emitido el once (11) de marzo de dos mil diez (2010), radicado No. 11001030600020100000900 (1.988), C.P.: WILLIAM ZAMBRANO CETINA (E), señaló que *“En el caso de los docentes vinculados al*

¹⁷ **ARTICULO. 204.- Monto y distribución de las cotizaciones.** Modificado por el art. 10, Ley 1122 de 2007, el nuevo texto es el siguiente: La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

Inciso adicionado por el art. 1, Ley 1250 de 2008, así: La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008. **El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009.**

62

servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el descuento de la cotización del 5% para salud se hace sobre cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales”.

4.3.3.- Sentencia de unificación SUJ-024-CE-S2-2021 de 3 de junio de 2021

Al respecto es del caso indicar que, se presentaron diversos criterios en la jurisprudencia sobre la procedencia de los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre que reciben los docentes pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no existiendo por tanto uniformidad frente al tema.

Esta discusión fue zanjada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación, SUJ-024-CE-S2-2021 de 3 de junio de 2021, C.P. William Hernández¹⁸, en la que precisó que son procedentes los descuentos en salud del 12% sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como en las normas que lo modifiquen, 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.

Cabe precisar que la mencionada sentencia fue proferida por el Consejo de Estado en desarrollo de las facultades previstas en el artículo 237 de la Constitución Política¹⁹ y en el artículo 271 del C.P.A.C.A²⁰ esto es, en calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, es decir actuando como órgano de cierre de la jurisdicción. De ahí que constituye un precedente obligatorio para esta corporación y para todos los jueces, en atención a lo previsto tanto en el art. 10 del C.P.A.C.A²¹ como en reiterados pronunciamientos del H. Consejo de Estado²² y de la Corte Constitucional²³.

4.3.3.1.- Conclusiones de la sentencia de unificación

El alto tribunal analizó las siguientes tesis sobre la procedencia de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre:

¹⁸ C.E. Sección Segunda, Sentencia de Unificación SUJ- 024-CE-S2-2021 del 3 de junio de 2021, Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-2018) C.P.: William Hernández Gómez

¹⁹ ARTICULO 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

²⁰ (...)Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.”

²¹ Artículos 10: (...) Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán [entiéndase las autoridades administrativas y judiciales] tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas

²² Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 10 de diciembre de 2013, con ponencia del Consejero William Zambrano Cetina, expediente 2177,

²³ Sentencia C-634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva “Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante”

Primera tesis: Son procedentes los descuentos de las mesadas pensionales adicionales de junio y de diciembre que reciben los docentes.

Este criterio se funda en que no existe norma expresa aplicable a los docentes pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales que lo prohíba. En efecto, se afirma que la prohibición de realizar descuentos en las mesadas adicionales de pensiones de que trata el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002 solo se refiere a las deudas a favor de organizaciones gremiales, fondos de empleados o de cooperativas, mas no a las cotizaciones obligatorias en salud.

Al respecto el H. Consejo de Estado analizó el marco normativo relacionado líneas atrás y concluyó que la obligación de efectuar las cotizaciones a salud sobre las mesadas adicionales subsiste, ya que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, aumentó el porcentaje de la cotización a salud, pero no modificó dicha obligación.

Indicó que la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexecutable del inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003²⁴, estimó razonable la interpretación según la cual el aumento en el porcentaje del aporte a salud establecido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, también es aplicable a los pensionados, por cuanto dicha norma no estableció excepción alguna, lo que resulta claro concluir que, a pesar de que los docentes pensionados se vincularon antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, también fueron destinatarios del aumento en la cotización a partir de esta última norma.

Adicionalmente sostuvo con fundamento en la sentencia C-126 de 2000, la cual declaró executable el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que el hecho de haber ordenado el incremento de la cotización, sin prever un mecanismo de reajuste similar al contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para el régimen general, no vulnera el derecho a la igualdad de los afiliados al FOMAG, toda vez que el legislador no tenía el deber de prever el mismo mecanismo compensatorio, habida cuenta que, el trato diferenciado no es discriminatorio, sino que favorece a quienes cobija.

Segunda tesis: Solamente proceden los descuentos frente a la mesada adicional de junio y no respecto de la correspondiente al mes de diciembre.

Esta posición encuentra sustento en lo considerado por la sentencia del Consejo de Estado de 3 de febrero de 2005²⁵, que anuló el aparte contenido en el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002²⁶, referido a la mesada adicional de junio, prevista por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

²⁴ El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «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».

²⁵ C.E, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 3 de febrero de 2005, radicación: 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02), demandante: Abel Trujillo Sánchez.

²⁶ "Artículo 1°. 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

Al respecto, señaló el H. Consejo de Estado, que los descuentos de las mesadas adicionales de que trata el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, no se refieren a aportes a salud sino a los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de organizaciones gremiales, 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.

Tercera tesis: No son procedentes los descuentos de las mesadas pensionales adicionales de los docentes.

Esta se basa en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, de 11 de marzo de 2010, que expone que la procedencia de los descuentos de las mesadas adicionales depende del régimen pensional aplicable al docente y que de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual.

Al respecto, el Superior indicó que el método gramatical de interpretación aplicado al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, no sería razón suficiente para dejar de efectuar descuentos de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la modificación introducida por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, pues es esta última la que contiene la expresión interpretada, al adicionar un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, aquel previó: *«La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional»*, de manera que no comprende las situaciones anteriores a su vigencia. Así mismo, señaló que una interpretación literal de dicha normatividad no implica la exclusión de las mesadas adicionales de los docentes y debe relacionarse con lo indicado por la Ley 91 de 1989, la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003, esto es, que los descuentos proceden aún de las mesadas adicionales.

Igualmente, indicó que no se debe tener en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe.

En conclusión, el H. Consejo de Estado determinó que son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de

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.** 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."

1993 de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, 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.

Así las cosas, la referida sentencia proferida por el Superior constituye un precedente obligatorio para esta corporación y, por lo tanto, la Sala abordará el caso con sujeción a lo establecido en la sentencia de unificación de 3 de junio de 2021.

5. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

- Copia²⁷ de la cédula de ciudadanía perteneciente a la señora Josefina Thiriat Rojas en la que se aprecia que nació el 17 de noviembre de 1960.
- Resolución N° 3478 de 15 de junio de 2016²⁸, por medio de la cual, la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional, reconoció y ordenó el pago de pensión de jubilación a favor de la demandante desde el 18 de noviembre de 2015, incluyendo como factores la asignación básica, el sobresueldo y la prima de vacaciones.
- Petición radicada el 27 de noviembre de 2018²⁹, por medio de la cual la parte actora solicita: **i)** la reliquidación de su pensión con todos los factores salariales que devengó en el año anterior al estatus pensional; **ii)** la prima de medio año a que se refiere el literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y, **iii)** el reintegro del valor de los descuentos a salud realizado sobre las mesadas adicionales desde que adquirió el estatus pensional.
- Resolución N° 1748 de 6 de marzo de 2019³⁰ por medio de la cual la demandada reajusta la pensión de la demandante con inclusión de la bonificación decreto, a partir del 18 de noviembre de 2015, con prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 27 de noviembre de 2015, de acuerdo con la fecha de la reclamación.

En el mismo acto, la demandada negó la devolución de los descuentos en salud realizado sobre las mesadas adicionales, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989. El acto administrativo no se refirió a la prima de medio año.

- Certificación de factores³¹ devengados por la demandante al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá, expedida el 19 de noviembre de 2018, en la cual consta que entre el 1 de enero de 2014 y el 30 de diciembre de 2015 percibió:

²⁷ Fl. 15

²⁸ Fl. 16

²⁹ Fls. 17-19

³⁰ Fls. 20 y 21

³¹ Fl. 23

suelo, sobresuelo 20%, prima especial, prima de servicios, bonificación decreto, prima de vacaciones y prima de navidad.

De los anteriores factores se indica que se efectuaron cotizaciones sobre el sueldo, sobresuelo y la prima de vacaciones.

- Certificación expedida el 26 de octubre de 2018³² por la Secretaría de Educación Distrital, en la cual consta que la demandante se vinculó a esa entidad desde el 15 de julio de 1993 como docente en propiedad.

6. CASO CONCRETO

De acuerdo con el objeto del presente medio de control y los recursos de apelación presentados por las partes, se tiene que:

6.1 RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

La parte actora pretende el reajuste de la pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores devengados en el año anterior a la adquisición de su estatus.

A través de la sentencia de primera instancia, se negó el reajuste solicitado por cuanto se consideró que los factores que reclama no se encuentran previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y que sobre éstos no efectuó cotizaciones de conformidad con los señalado por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación de 28 de agosto de 2018 y de 25 de abril de 2019.

Mediante la Resolución N° 3478 de 15 de junio de 2016 se reconoció a la señora Josefina Thiriat Rojas su derecho pensional a partir del 18 de noviembre de 2015, conforme a las disposiciones de la Ley 91 de 1989 que remite en lo pertinente a las leyes 33 y 62 de 1985 con la inclusión de los factores correspondientes a la asignación básica o sueldo, sobresuelo y prima de vacaciones.

Posteriormente, la prestación fue reajustada parcialmente por el acto demandado y se ordenó incluir además de los ya reconocidos, el factor correspondiente a la bonificación decreto.

La controversia surge respecto de los factores que pese a ser devengados en el año anterior a la adquisición del estatus, no fueron incluidos por el fondo al momento de reconocer la prestación, los cuales corresponden a: la prima especial, prima de servicios y prima de navidad.

En resumen, se advierte que:

El Fonpremag reliquidó la pensión de jubilación mediante Resolución N° 1748 de 6 de marzo de 2019, con los siguientes factores:	Según el certificado de salarios la demandante devengó en el último
---	---

³² Fls.24-25

	año anterior a su estatus los siguientes factores:
<ol style="list-style-type: none"> 1. Asignación Básica, 2. Sobresueldo 3. Bonificación Decreto 4. Prima de Vacaciones 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Asignación Básica 2. Sobresueldo 3. Prima Especial 4. Prima de Servicios 5. Bonificación Decreto 6. Prima de Vacaciones 7. Prima de Navidad

Se infiere entonces que adicional a los factores reconocidos, la parte actora devengó la prima de navidad, la prima de servicios y la prima especial, en el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, lo que haría pensar en la procedencia de su inclusión, sin embargo, estas no se encuentran previstas de manera taxativa en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, ni se acreditan cotizaciones sobre estas, conforme se estableció en las reglas y subreglas fijadas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 de manera exclusiva para el personal docente, razón por la cual no procede su inclusión como lo consideró el a quo.

En cuanto a la prima de vacaciones ya reconocida, si bien no se encuentra prevista en el listado taxativo de factores de las leyes 33 y 62 de 1985, lo cierto es que esta Sala de Decisión, no puede desbordar el objeto de lo pretendido afectando situaciones consolidadas de la parte actora, tal y como lo consideró el mismo Consejo de Estado en la sentencia de 25 de abril de 2019.

Frente a la prima de servicios, ésta fue concebida por el Gobierno Nacional en favor del personal docente mediante Decreto 1545 de 19 de julio de 2013 con carácter salarial únicamente para la liquidación de las vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad y no para efectos pensionales.

Respecto de la bonificación mensual del Decreto 1566 de 2014 que también percibió la parte actora en el año anterior a la adquisición a su estatus pensional pero que no se encuentra prevista en la Ley 33 de 1985, se prevé que la norma de creación de manera expresa señaló que constituye *“factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.”*, sin perjuicio de lo anterior y pese a que no se acreditan cotizaciones sobre el mismo, la Sala no puede desconocer el reconocimiento que de dicho factor realizó la administración, ni exceder el objeto de la demanda y mucho menos del recurso interpuesto.

En consecuencia, le asiste razón al a quo cuando negó la reliquidación pensional.

6.2 PRIMA DE MEDIO AÑO

Conforme se analizó en el acápite normativo, sólo tiene lugar el reconocimiento de la mesada de medio año, el personal de cualquier sector que hubiere consolidado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 o para quienes causaran su derecho entre el 26 de julio de 2005 y el 31 de

Id Documento: 11001031500020220083900005025010003

74

julio de 2011. Estos últimos, siempre que acreditaran que recibían una prestación inferior a (3) salarios mínimos legales mensuales.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la actora consolidó su estatus pensional el 17 de noviembre de 2015 cuando cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios, por lo tanto, no le asiste derecho al reconocimiento de la prima de medio año, en virtud de las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 001 de 2005.

Valga aclarar que no son de recibo los argumentos de la parte actora, conforme los cuales dicho limitante introducido por el Acto Legislativo 001 de 2005 cobija únicamente al personal regido por la Ley 100 de 1993 del cual se excluyen a los docentes, en tanto, se trata de una reforma constitucional que afectó las pensiones en todos los sectores.

Dicho esto, no le asiste derecho a la actora al reconocimiento de la prima de medio año como lo consideró y resolvió el a quo.

6.3 DESCUENTOS EN SALUD

De conformidad con el marco normativo expuesto y en aplicación de la regla jurisprudencial fijada por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación, SUJ-024-CE-S2-2021 de 3 de junio de 2021, C.P. William Hernández, considera la Sala que en el sub lite las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar como quiera que no es posible aplicar las normas que prohíben realizar descuentos por salud a las mesadas adicionales de los pensionados cobijados bajo la Ley 100 de 1993, toda vez que dichas prerrogativas son propias del sistema general de pensiones y no de los docentes, quienes se rigen por normas especiales que los obligan a realizar aportes sobre todas las mesadas pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues así se evidencia de lo contenido en el artículo 8, numeral 5º de la Ley 91 de 1989 -aporte que en todo caso, solo tuvo modificación en cuanto a su proporción, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 812 de 2003-.

Adicionalmente, el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 11 de marzo de 2010, referido previamente señala que *“En el caso de los docentes **vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003**, que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el descuento de la cotización del 5% para salud se hace sobre cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales”*, situación en la que se encuentra la demandante como quiera que, de la revisión del acto de reconocimiento pensional se verifica que la prestación fue reconocida en virtud de las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993, lo que implica que su vinculación es anterior a dicha fecha.

Lo anterior, guarda relación a su vez con el principio de solidaridad que ha desarrollado la Corte Constitucional, en relación con el sistema en seguridad social en salud, en sentencia C-313 de 2014, cuando lo definió *“como la forma de cumplir con los fines propuesto por el Estado, materializando los derechos*

constitucionales... a la salud...”, que en todo caso no se puede desconocer en esta clase de asuntos, dado que dicha erogación está destinada a la prestación de servicios médico-asistenciales administrados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales para beneficio de los docentes.

Ahora bien, los otros puntos de inconformidad argumentados se resuelven en su integridad con la sentencia de unificación, en la medida que la misma señaló de manera puntual que son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al Artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia debe ser revocada en lo pertinente a los descuentos sobre las mesadas adicionales que ordenó suspender y reintegrar las sumas descontadas para en su lugar negarlos.

7. CONDENA EN COSTAS

En cuanto a la condena en costas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A el cual señala que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, se tiene que de conformidad con el artículo 361 del C.G.P, estas se componen de la totalidad de i) las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y ii) por las agencias en derecho.

En el caso de autos, el recurso de apelación presentado por la parte actora no fue acogido y sí se accedió a los argumentos de la parte demanda, lo que conlleva a que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, por lo que sería del caso condenarla en costas en esta instancia, sin embargo, como la mayoría de los puntos objeto de apelación fueron objeto de sentencia de unificación, la Sala se abstendrá de hacerlo.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN E, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- REVOCAR parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y Siete (57) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el 10 de septiembre de 2020 en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda relativas a la suspensión y reintegro de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, para en su lugar **NEGARLAS** todas por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- CONFÍRMASE ÚNICAMENTE los **ORDINALES PRIMERO Y SÉPTIMO** de la parte resolutive de la sentencia impugnada que declaró la existencia de acto ficto o presunto en que incurrió la administración respecto de la solicitud de reconocimiento de la prima de medio año que realizó el 27 de noviembre de 2018 y que negó las demás pretensiones de la demanda, respectivamente, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO.- Sin costas en esta instancia.

CUARTO.-Notificada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema SAMAI.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.
NOTIFÍQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)
PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON
Magistrado

(Firmado electrónicamente)
JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN
Magistrado

NOTA: Se deja constancia de que esta providencia se suscribe en forma electrónica en la fecha de su encabezado, mediante el aplicativo SAMAI del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad a través del siguiente enlace: <http://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador>.

