



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO (25) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA:	11001-33-35-025-2019-00048-00
ACTOR(A):	ALICIA PALOMAR PERDOMO
DEMANDADO(A):	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA PREVISORA S.A.
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
CONTROVERSIA:	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL-DESCUENTOS EN SALUD EN MESADA ADICIONAL.

Por cuanto no existe nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del proceso promovido por la señora **ALICIA PALOMAR PERDOMO**, a través de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

I. ANTECEDENTES

a. PRETENSIONES:

“PRIMERO- Solicito que se declare la NULIDAD de la Resolución número 189 del 18 de enero de 2019, proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Regional Bogotá, mediante la cual se NIEGA EL AJSUTE A LA RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN, de igual manera negó la petición de reintegro y suspensión de los descuentos realizados por salud a mi representado.

SEGUNDO- Solicito que se tenga como configurado el SILENCIO ADMINISTRATIVO y se declare la NULIDAD del ACTO FICTO O PRESUNTO NEGATIVO en razón a que la entidad demandada Fiduciaria La Previsora S.A., no ha emitido pronunciamiento alguno hasta el momento, sobre la solicitud radicada número 20180320798312 del 23 de marzo de 2018, referente al reintegro y devolución de descuentos efectuados por concepto de Seguridad Social en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

TERCERO- Solicito que como consecuencia de la declaratoria de NULIDAD de la Resolución número 189 del 18 de enero de 2019 y la NULIDAD del ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO, proferido por la Fiduciaria La Previsora S.A., se CONDENE a LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOGOTÁ D.C., y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, respectivamente, a proferir el acto administrativo que RECONOZCA Y PAGUE a favor de mi poderdante:

3.1. La revisión y ajuste de la pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados por mi representada en el año anterior al retiro del servicio, esto es del 31 de marzo de 2016 al 30 de marzo de 2017.

3.2. El Reintegro de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia.

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

CUARTO: *Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor de mi poderdante, el valor de los reajustes que se causen por los conceptos referidos en los numerales anteriores, desde el momento en que se le reconoció esta pensión, descontando lo que 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 de 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 lo establecido en los artículos 187 y 192 del CPACA.*

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

b. Fundamentos fácticos.

1. La demandante se vinculó como docente desde el 11 de marzo de 1975, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y se le pagaron salarios y demás prestaciones sociales hasta el 30 de marzo de 2017, conforme al Decreto 2277 de 1979 y la Ley 91 de 1989.

2. Mediante resolución 0921 del 22 de febrero de 2007, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación de la demandante, a partir del 20 de septiembre de 2006.

3. Que, desde el primer pago de mesadas de la pensión, le han venido efectuando descuentos en salud, sobre las mesadas adicionales.

4. Mediante resolución 5950 del 8 de noviembre de 2016, se retira del servicio a la demandante por cumplir edad de retiro forzoso, decisión confirmada por la resolución 432 del 24 de marzo de 2017, la cual resolvió un recurso de reposición, reiterando como fecha de retiro el 5 de abril de 2016.

5. A través de resolución 2081 del 28 de febrero de 2018, con ocasión del retiro definitivo de la demandante, se ordenó el ajuste de pensión efectiva a partir del 30 de marzo de 2017, incluyendo asignación básica, sobresueldo, bonificación decreto, prima de alimentación y de vacaciones, sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales certificados.

6. Que mediante derecho de petición radicado el 4 de septiembre de 2018 ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitando revisión y ajuste de la reliquidación de la pensión, como quiera que no se le tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, tales como prima especial, prima de servicios y

prima de navidad, petición que fue negada mediante resolución 189 del 18 de enero de 2019.

7. Que mediante derecho de petición del 23 de marzo de 2018, la demandante solicitó ante la Fiduciaria la Previsora S.A., el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales, petición que no fue resuelta.

c. Normas y concepto de violación.

Normas violadas:

Constitución Política de Colombia, artículos: 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228.

Leyes: 57 y 153 de 1887. 33 y 62 de 1985, 91 de 1989, 4 de 1992, 60 y 115 de 1993, 115 de 1993, 812 de 2003 y 100 de 1993. Decreto 1073 de 2002.

Concepto de violación:

Consideró que se debe decretar la nulidad del acto acusado, teniendo en cuenta que la entidad accionada al momento de reconocer la pensión de jubilación omitió el deber legal de incluir todos los factores salariales devengados el año anterior al retiro del servicio, desconociendo los lineamientos jurisprudenciales trazados sobre la materia.

Indicó respecto de los descuentos a salud de las mesadas adicionales que la ley 812 de 2003, derogó tácitamente el descuento en las mesadas adicionales, al remitir la cotización de los docentes oficiales a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, pues éstas y sus reglamentos no contemplan tales descuentos.

II. TRÁMITE PROCESAL

Por auto del 22 de febrero de 2019 (fl.43); se admitió la demanda y se notificó en debida forma a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público (fls.44).

Se corrió traslado a la demandada para dar contestación, sin embargo, aquella guardó silencio.

La audiencia inicial se realizó el 5 de febrero de 2020 en la que entre otras decisiones se fijó el litigio; y se ordenó oficiar a la Fiduciaria La Previsora S.A., para que allegara con destino a este proceso comprobante de nómina de pago, donde se evidencien los valores recibidos, descuentos efectuados y fecha de pago, más los pagos de las mesadas adicionales y el porcentaje de descuento en las mesadas adicionales de la demandante.

Documental que se incorporó al expediente en la audiencia de pruebas realizada el 1° de septiembre de 2020, se cerró la etapa probatoria y, se vertió por las partes el alegato de conclusión.

III. PRUEBAS OBRANTES EN EL PROCESO.

Obran en el proceso las siguientes pruebas relevantes:

- Resolución 0921 de 22 de febrero de 2007, mediante la cual reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación (fol.18-19)
- Resolución 5950 del 8 de noviembre de 2016, por la cual se retira del servicio a unos docentes de la planta de personal. (fol.20-21)
- Resolución 432 del 24 de marzo de 2017, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la Resolución 5950 del 8 de noviembre de 2016. (fol.22-27)
- Resolución 2081 de 28 de febrero de 2018, por la cual se reliquida una pensión vitalicia de jubilación. (fol.28)
- Copia de la petición radicada ante la demandada en la que solicita la reliquidación de la pensión, con un IBL calculado con todos los factores salariales que devengó en el último año anterior al retiro del servicio, incluyendo la prima de servicio, prima de navidad y prima especial. (fols.3-32)
- Resolución 189 del 18 de enero de 2019, por la cual se niega un ajuste de una reliquidación de la pensión vitalicia de reliquidación. (fol.34-35)
- Copia petición de devolución de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales. (fol.36)
- Certificado de nómina de la demandante. (fol.37)
- Formato único para expedición de certificado de salarios. (fol.38)
- Formato único para expedición de certificado de historia laboral. (fol.39-40).
- Comprobantes de nómina donde se evidencia descuentos en salud, en las mesadas adicionales. (fols.73-91)

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

PARTE DEMANDANTE: La apoderada rindió sus alegatos de conclusión, ratificándose en los hechos y pretensiones de la demanda. Solicita se acceda a la reliquidación de la pensión sobre todos los factores salariales devengados. Solicita, además, se acceda a las pretensiones relacionadas con los descuentos en salud de las mesadas adicionales, su devolución y suspensión.

PARTE DEMANDADA: Solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda, pues la norma es muy clara al indicar que sobre los factores salariales sobre los que no se hicieron aportes no es posible reliquidar la pensión.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

a. Régimen legal Aplicable:

Leyes: 91/89, Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, Acto Legislativo 1 de 2005, Ley 812 de 2003, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

b. Jurisprudencia aplicable:

El Consejo de Estado en **sentencia del 28 de agosto de 2018¹**, con ponencia del Doctor César Palomino Cortés, unificó el criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fijando las siguientes reglas:

¹ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación1 - <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2018/09/Transicion.pdf>

“1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.”

Y en relación con los docentes específicamente, precisó esta Corporación:

“Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente **regla jurisprudencial**:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

94. La **primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- ✓ Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- ✓ Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. Resalta el Despacho

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

² Ley 100 de 1993. **“artículo 279. Excepciones.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

“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: [...]”

2. Pensiones: [...]

*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 [...].”Resalta el Despacho”.*

En esta providencia, igualmente la Sala Plena del Consejo de Estado:

- ✓ Rectificó la tesis sostenida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 que ordenaba la inclusión en el IBL de todos los factores devengados por el servidor así sobre los mismos no se hubieran realizado aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, al indicar:

“101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

- ✓ Advirtió que **la aplicación de esta sentencia abarcaría todos los casos pendientes de solución** tanto en vía administrativa como **en vía judicial**, instaurados a través de acciones ordinarias, dejando a salvo aquellos en los que ha operado la cosa juzgada, así como aquellas pensiones que fueron reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, las que no pueden considerarse como abuso del derecho o fraude a la ley.
- ✓ **La Corte Constitucional en las Sentencias C-258-13, SU-230-15, SU-427-16, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018 y en el auto anulatorio 229 de 2017**, señalan como *ratio decidendi* que las pensiones deben liquidarse con los factores sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, lo cual es concordante con la tesis sostenida por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, y con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Recientemente el Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, con ponencia del Doctor César Palomino Cortés, unificó el criterio sobre el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Sala advirtió que la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no constituye precedente frente al régimen pensional de los docentes por dos razones fundamentales: **i)** No hay similitud fáctica entre los supuestos de hecho resueltos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y el presente caso, y **ii)** se trata de problemas jurídicos distintos.

Sin embargo, en dicho pronunciamiento se fijó una subregla sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, subregla que tuvieron en cuenta como criterio de interpretación para resolver el problema jurídico en este caso.

Hizo las siguientes precisiones:

Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están **exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social**³, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

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.

El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece 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.

De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de las docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de

³ El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, sobre las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social, dispone: “[...]”

Así mismo, se exceptúa 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. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.

1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003⁴, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes [100](#) de 1993 y [797](#) de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben 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, fijando la siguiente regla:

- ✓ **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.**

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

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%
- ✓ 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**

⁴ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario. Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003

trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales 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, fijando las siguientes reglas:

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.

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.**

DE LOS DESCUENTOS POR SALUD DE LAS MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE.

El artículo 81 precitado, fue reglamentado parcialmente por el Decreto 2341 de 2003, el cual en su artículo 1º, estableció que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FONPREMAG corresponde a la suma de aportes para la salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, **sin que ello implique una inclusión del docente pensionado al régimen general de pensiones.**

Mediante la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En su artículo 8º, se dispuso:

“Artículo 8º.- 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 (...)*”

Del artículo transcrito se concluye que efectivamente, para aquellos docentes **que se encontraban vinculados al 27 de junio de 2003**, fecha en que entró a regir la Ley 812 de 2003, se les debe descontar de las mesadas pensionales,

un porcentaje, como aporte de los pensionados, ***incluidas las mesadas adicionales.***

No ocurre lo mismo, respecto de aquellos docentes que se vincularon con posterioridad a la fecha indicada, pues, están sometidos en materia pensional, al régimen común de prima media consagrado en las Leyes 100 de 1993, 797 de 2003, 1250 de 2008, y el Decreto 1073 de 2002.

La Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, consagró el pago de mensualidad adicional a la pensión de diciembre y estableció el pago de 30 días de la pensión pagadera con la mesada del mes de junio para los pensionados (arts. 50 y 142).

El derecho al pago de treinta (30) días de la pensión pagaderos con la mesada del mes de junio, **conocido como la mesada catorce, fue eliminado** por el Acto Legislativo No. 1 de 2005. No obstante, se mantuvo para 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.

El artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en relación con el monto y distribución de las cotizaciones, dispone:

“Artículo. 204.- Monto y distribución de las cotizaciones. ...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 (...).”

Mediante el Decreto 1073 de 2002, se reglamentaron las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regularon algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media. Dispuso de manera expresa en el parágrafo del artículo 1º, que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, **los descuentos de que tratan esos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.**⁵

Esta prohibición no resulta aplicable para los docentes pensionados con fundamentos en la Ley 91 de 1989, **dado el régimen especial o exceptuado que ostentan**, y que contempla el descuento por aportes de pensionados a las mesadas pensionales, incluidas las adicionales, pues, ésta prohibición es para aquellos pensionados bajo el régimen de prima media.

De manera que, el régimen pensional especial que rige a la docente, consagra la obligación por parte del Fondo de descontar un porcentaje como aporte de los pensionados, de todas y cada de las mesadas pensionales, incluyendo las adicionales, **equivalente a un 5%.**

⁵ Artículo declarado nulo parcialmente mediante la sentencia del 3 de febrero de 2005, con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, Rad 3166-02.

CASO CONCRETO:

Respecto de la **reliquidación de la pensión**, encuentra el Despacho que:

La señora ALICIA PALOMAR PERDOMO, adquirió el estatus jurídico de pensionada el 20/09/2006 y fue retirada del servicio a partir del 30 de marzo de 2017.

Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación fueron los siguientes:

Asignación Básica.
Sobresueldo.

Mediante Resolución N° 2081 del 28 de febrero de 2018, le reliquidaron la pensión de jubilación a la demandante, teniendo en cuenta para su liquidación, los siguientes factores salariales:

Asignación Básica.
Sobresueldo.
Prima de Alimentación.
Bonificación Decreto.
Prima de Vacaciones.

Los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente, según consta a folio 38 del expediente:

- Asignación básica (sueldo)
- Sobresueldo.
- Prima Especial.
- Prima de Servicio.
- Bonificación Decreto.
- Prima de Vacaciones.
- Prima de Navidad.

La demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo **todos los factores salariales devengados** en el año anterior al retiro del servicio.

Como se observa, los factores devengados por la demandante en el último año de servicios que no fueron incluidos en la base de liquidación en el acto de reconocimiento, fueron prima de servicios y prima especial.

El valor de la pensión se calculó en \$2.740.536, equivalente “al 75% del salario promedio asignado durante el último de servicios antes de la fecha que adquirió el estatus”.

La pensión de jubilación se reconoció a partir del 30 de marzo de 2017.

Como disposiciones aplicables se citaron: “Ley 71 de 1988, Decreto 1160 de 1989.

Régimen aplicable:

En el presente caso, se tiene en cuenta la fecha de vinculación de la señora Alicia Palomar Perdomo al servicio oficial docente, que, de acuerdo con lo probado en el proceso, fue el **6 de marzo de 1975**.

Según esta fecha, como la vinculación se produjo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003⁶, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989, de la siguiente manera:

Teniendo en cuenta la definición que trae el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, la señora Palomar Perdomo, era docente NACIONAL, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación, que para el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- ✓ asignación básica mensual
- ✓ gastos de representación
- ✓ prima técnica, cuando sea factor de salario
- ✓ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- ✓ remuneración por trabajo dominical o festivo
- ✓ bonificación por servicios prestados
- ✓ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

En el caso concreto, tal y como consta en el folio 38 del expediente, la docente aportó sobre la asignación básica (sueldo), sobresueldo y prima de vacaciones.

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho la señora Palomar Perdomo, en su condición de docente nacional, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

Por lo tanto, en la base de liquidación de su pensión no se podían tomar en cuenta los factores devengados en el último año de servicios, como prima especial y prima de servicio, pues estos factores no constituyen base de liquidación de los aportes, y por tanto, no se pueden incluir en la base de liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Así las cosas, de acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación el problema jurídico planteado se resuelve de la siguiente manera:

1. La señora Alcira Palomar Perdomo, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo

⁶ 27 de junio de 2003.

aquellos sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como se solicitó en la demanda.

2. No obstante, se observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, el sobresueldo, la prima de alimentación y la prima de vacaciones, factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. Sin embargo, sobre el sobresueldo y la prima de vacaciones la demandante hizo aportes para seguridad social, y teniendo en cuenta lo preceptuado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad.

En ese orden de ideas, se niegan las pretensiones de reliquidación de la pensión de jubilación.

Pretensión descuentos en salud de la mesada adicional de junio y diciembre:

- **DEL ACTO FICTO O PRESUNTO ACUSADO**

Se pide declarar la existencia del acto ficto presunto que afirman se configuró, frente a la petición de reintegro y devolución de descuentos efectuados en salud sobre las mesadas adicionales, radicada **ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., el 23 de marzo de 2018,** (fl.36) y, su consecuente nulidad y restablecimiento, acto que afirma se configuran por la ausencia de respuesta por parte de la entidad demandada, ya que solo expidió las constancias de pago hechas al demandante, pero, sobre la petición de devolución de los descuentos en salud hechos sobre las mesadas adicionales, guardó silencio.

Así, de conformidad con el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), que establece que ***“Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa”***

Entonces, se tiene que se configuró el silencio administrativo negativo el 23 de junio de 2018, pues no se dio respuesta por parte de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, ni se notificó dentro del referido plazo, la petición formulada por los demandantes. **En consecuencia, se declarará su ocurrencia.**

Ahora bien, en el expediente **fue probado** que a la docente se le efectuaron descuentos por salud en porcentaje del 12%, sobre el monto de las mesadas adicionales **de diciembre desde el 30 de noviembre de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2019, esto es,** superiores al 5% permitido por el régimen que le es aplicable.

Así las cosas, y como quiera que se demostró que desde 2017, año en que se le reconoció la pensión a la demandante, se le efectuaron descuentos de salud por el 12% sobre sus mesadas adicionales de diciembre, se ordenará a la entidad demandada el reintegro de los dineros que por concepto de aportes obligatorios en salud haya descontado demás a lo que legalmente le

corresponde teniendo en cuenta que sólo puede descontarse el 5% de las mesadas adicionales de junio y diciembre, **teniendo en cuenta que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.**

Igualmente, se ordenará a la entidad demandada **suspender** a futuro dichos descuentos en el monto en que exceda lo establecido por la ley, **siempre que la entidad haya continuado realizándolos.**

En consecuencia, se condenará a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO S.A. a devolver y pagar a la actora las diferencias descontadas de más, que resulten de la aplicación del porcentaje legal en materia de salud a las mesadas adicionales de diciembre, a partir del 30 de noviembre de 2017, sumas que deberán ser indexadas por la demandada en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante, por concepto de diferencias en sus mesadas pensionales adicionales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

Igualmente, el ente de previsión deberá dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3º del artículo 192 y el inciso 4º del artículo 195 del C.P.C.A., siempre que se cumplan los supuestos fácticos allí establecidos.

De las costas

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso⁷, no hay lugar a la condena en costas, porque no se demostró su causación. Lo anterior acorde con el Artículo 2º, Parágrafo 4º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veinticinco (25) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. - Sección Segunda**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁷ **“Artículo 365. Condena en costas.**

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar la existencia y nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo producto de la petición del 23 de marzo de 2018 enervada a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** configurado el 23 de junio de 2018, en cuanto negó la devolución y cese de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre. Acorde con lo expuesto.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en calidad de administradora de los recursos de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reintegrar a **ALICIA PALOMAR PERDOMO**, identificada con la cédula de ciudadanía 36.150.767, los dineros que por concepto de aportes obligatorios en salud haya descontado por encima del 5% que legalmente corresponde, a partir del **30 de noviembre de 2017, acorde con lo probado en el proceso.**

La devolución y pago de los aludidos descuentos, deberán hacerse **debidamente indexados**, acorde con el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. y de acuerdo con la fórmula expuesta en la parte considerativa.

Las entidades demandadas, **deberán suspender a futuro** dichos descuentos en el monto en que exceda lo establecido por la ley, siempre que los haya continuado realizando. Por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Ordenar a la demandada dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Dese cumplimiento a la presente providencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

SÉPTIMO: En firme esta sentencia, de mediar solicitud, por Secretaría, **expídanse** las copias que corresponda, de conformidad con lo señalado por el artículo 114 del Código General del Proceso; **liquídense** los gastos procesales; **devuélvase** a la parte actora el remanente de los gastos del proceso si los hubiere; y **archívese** el expediente dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA

Juez

Lgm.

Firmado Por:

ANTONIO JOSE REYES MEDINA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 025 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:

b90597d990a3196bcce18597a505cff71510c8ca71d6510b48e76b4ab0c12344

Documento generado en 11/10/2020 07:46:39 p.m.