



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2016-00769-00
Demandante: Elizabeth Macías Lugo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y La
FIDUPREVISORA S.A.
Asunto: Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Elizabeth Macías Lugo en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FONPREMAG y FIDUPREVISORA S.A.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. 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, la accionante actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declarara la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo generado frente a la petición radicada el 26 de marzo de 2015, mediante el cual, la Secretaría de Educación de Bogotá, actuando en nombre y representación de FONPREMAG de manera presunta negó, tanto el reconocimiento de la denominada “prima de medio año” equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal “b” del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; como el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

Así mismo, como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condenara a las entidades demandadas efectuar, el reconocimiento y pago de la “prima de medio año” y el reintegro de los valores descontados para salud, sobre las mesadas adicionales, además de la suspensión de tales descuentos.

Lo anterior junto con los intereses e indexación que corresponda conforme a lo previsto en el art. 192 del CPACA, además de condenar a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones se informa que mediante la Resolución No. 0446 del 1º de febrero de 2010 se *"reconoció a mi poderdante la pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 31 de diciembre de 2008."*, y que el 26 de marzo de 2015 radicó ante las demandadas petición acorde con las pretensiones de la demanda, petición respecto de la cual se pronunció la Secretaría de Educación de Bogotá, indicando que no era competente para resolver sobre tales pedimentos por lo que procedió a remitir sus solicitudes ante FIDUPREVISORA S. A. entidad que no ha emitido respuesta de fondo.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 1º, 2º, 6º, 48, 53, 58 y 336 de la Constitución Política, Leyes 91 de 1989 (art. 2º y 15), 115 de 1994 y 812 de 2003 (art. 81), entre otros.

Para ello indica que la entidad estaba en obligación de reconocer y pagar la prima de medio año consagrada en el numeral 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989 equivalente a una mesada pensional, la cual es diferente a la mesada adicional del mes de junio reconocida en la Ley 100 de 1993, además que sin justificación alguna ha venido efectuando descuentos para aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente.

La apoderada de la entidad demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, indicó que los descuentos en salud la entidad los ha realizado como lo establece el numeral 5º artículo 8º de la Ley 91 de 1989, esto es, deducciones a las mesadas de la prestación incluyendo las correspondientes a los meses de junio y de diciembre.

Adicionalmente, indicó que en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 se reguló la tasa de cotización que corresponde a un 12% para los descuentos en salud, pero ésta no indicó cuales son las mesadas sobre las que se debe realizar. Por ende, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 para proceder a establecer a que mesadas se le debe hacer los descuentos en salud.

En segundo lugar, ante la suspensión de la mesada adicional del mes de junio, expresó que el Acto Legislativo No. 01 del 2005, estableció en el párrafo 6º las excepciones para que los docentes oficiales puedan ser beneficiarios de la mesada catorce (14). Por lo que, a partir de la entrada de vigencia del Acto Legislativo, esto es 25 de julio de 2005, las personas que adquieran el derecho a pensión solo recibirán máximo trece mesadas al año si no se encuentran en el grupo exceptuado.

De otro lado, propuso las excepciones de: *"FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA"*, e *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"*.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Advierte el Despacho que la excepción de falta de legitimación en la causa, se resolvió en la etapa correspondiente en la Audiencia Inicial del 16 de marzo del 2018.

Ahora, la denominada *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"*, encuentra el Despacho que las consideraciones que las sustentan no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituye excepción de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto proferido el 17 de agosto de 2018 (fl. 256), (i) Se prescindió del restante periodo probatorio, por lo que el mismo se declaró cerrado, y (ii) Se corrió traslado a las partes para que alegaran de

conclusión, oportunidad en qué guardaron silencio las partes en litigio, y en la que el Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial se determinó que el problema jurídico se centra en resolver los siguientes interrogantes:

1. ¿Se encuentra configurado el acto ficto o presunto en virtud del silencio administrativo negativo de la entidad frente a la petición radicada el 26 de marzo de 2015?
2. ¿Le asiste derecho a la parte demandante a que le sea reconocida y pagada, la denominada “prima de medio año” equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal “b” del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989?
3. ¿Le asiste el derecho a la demandante de que se le reintegren los valores descontados por aportes en salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó el derecho, así como a que se suspenda dicho descuento a futuro?

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

- a. Copia de la Cédula de ciudadanía de la accionante (fl. 2).
- b. Copia simple de la Resolución No. 0446 del 1º de febrero de 2010, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció la **pensión vitalicia de jubilación** que devenga la accionante (fls. 10 a 12).
- c. Copia del escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 26 de marzo de 2015, mediante el cual la accionante solicitó el reconocimiento prestacional y la devolución de descuentos conforme al *petitum* de la demanda (fls. 3 a 5).

- d. Copia de la comunicación proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en representación del Fondo de Prestaciones del Magisterio (fl. 7)
- e. Oficio No. 20150160458641 del 16 de junio de 2015, mediante el cual la Fiduprevisora S.A. negó el pago de la mesada adicional de mitad de año (fls. 8 y 8 vto.)
- f. Oficio No. 20150160492001 del 22 de junio de 2015, mediante el cual la Fiduprevisora S.A. negó el reintegro de los descuentos realizados en virtud de los aportes a salud (fls. 9 y 9 vto.).
- g. Comprobante de pago expedido por el Banco BBVA y FIDUPREVISORA S. A. (fl. 14).
- h. Extracto de pagos detallados a la accionante y certificación de los descuentos efectuados a la docente (fls. 108 a 110 vto.)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución a los problemas jurídicos planteados, es preciso hacer referencia a la norma que consagra el silencio de la administración y los eventos en que se configura el mismo, así como al marco jurídico que rodea, la pensión de jubilación que fue reconocida a la accionante a efectos de determinar si tiene derecho a la denominada "prima de medio año" consagrada en el literal "b" del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y por último al tema de los descuentos para salud

- DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Teniendo en cuenta que la petición elevada por la accionante ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que es objeto de litigio, fue radicada el 26 de marzo de 2015, se deduce que es aplicable la Ley 1437 de 2011, la cual cobró vigencia a partir del 2 de julio de 2012, codificación que en su artículo 83 consagra:

"Artículo 83. Silencio negativo. 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.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial,

salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda."

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo negativo se configura pasados 3 meses sin que la entidad ante quien se radicó la petición, notifique la respuesta al interesado.

El Consejo de Estado¹, respecto al silencio administrativo indicó:

"(...) El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable (...)"

En conclusión, se establece que el silencio administrativo ya sea en peticiones o recursos, nace a la vida jurídica, siempre y cuando se haya radicado petición o se haya interpuesto el recurso pertinente, ante la autoridad competente para pronunciarse y que la misma no haya proferido decisión en el término antes señalado para cada uno, agotándose de esta manera la reclamación administrativa para acceder ante la Jurisdicción.

- DE LA PENSION DE JUBILACIÓN DOCENTE

El Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", que en su artículo 3º estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

¹ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente No. 13001-23-31-000-2007-00251-01(19553). Demandante: INVERSIONES M. SUAREZ & CIA. S. EN C. – EN LIQUIDACION, DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, Sentencia de 30 de abril de 2014.

Posteriormente, se expidió la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", que en su artículo 15 dispuso que los docentes nacionalizados que figuren vinculados a treinta y uno (31) de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen del que han venido gozando, que para el caso es el mismo régimen de los empleados públicos de los distintos órdenes contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Al respecto, el Consejo de Estado, señaló:

"Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.

Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria (...)"².

Ahora, el sistema de seguridad social se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el cual exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

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

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

De lo anterior se colige, que los docentes quedaron excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual, no es aplicable el régimen contenido en la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

² Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009. Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la Ley General de Educación", que en su artículo 115 consagró:

"Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

Conforme a lo anterior, se tiene que el régimen prestacional de los docentes es el consagrado en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, entendiéndose que para efectos pensionales se debe aplicar la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, dispuso:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (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.

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.

(...)

Parágrafo 1o. (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

(...)"

En ese sentido, se advierte que la anterior norma no es aplicable a: (i) los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la ley ha determinado expresamente; (ii) aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones; y (iii) los empleados oficiales que cumplieron 15 años de servicio al 29 de enero 1985, teniendo en cuenta que su derecho pensional se rige por la norma anterior.

Así las cosas, como quiera que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados 15 años de prestación de servicios, le resultan aplicables las disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, amén que los mismos no gozan de un régimen exceptuado ni especial.

Finalmente, se expidió la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", que respecto al régimen prestacional de los docentes oficiales contempló:

"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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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" (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, solo es aplicable a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- DE LA MESADA 14

La mesada adicional del mes de junio se encuentra establecida en el literal "b" del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, según el cual:

"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 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.” (Subrayas fuera de texto)

Posteriormente, el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional, publicado en el Diario Oficial 45.980 del 25 de julio de 2005, eliminó la mesada catorce, al consagrar:

“Artículo 1.-

(...)

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.” (Nota: corresponde al inciso octavo)

(...)”

Por su parte, en el Parágrafo transitorio 6º se señaló:

“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.”

Conforme a dichas preceptivas, es de tener en cuenta como primer aspecto que el inciso octavo del citado acto legislativo no hizo salvedad alguna en cuanto a su aplicación para los empleados y trabajadores sujetos ya sea al régimen pensional general o a alguno especial, y que a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional causaran su derecho pensional.

La única excepción se halla en el parágrafo transitorio 6º para aquellas personas que por ser el monto de su pensión igual o inferior a tres salarios mínimos, continuarán recibiendo la mesada catorce, siempre y cuando su derecho se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

En este orden de ideas, bajo el Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos presupuestos:

- 1) Los pensionados que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

- 2) Se exceptúan de lo anterior, los pensionados que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6 del artículo 1º del Acto legislativo.

- DE LOS DESCUENTOS EN SALUD

Respecto de los descuentos que se deben realizar a las mesadas pensionales, el porcentaje fue establecido por la Ley 4ª de 1966 -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-, en los siguientes términos:

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

a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y

b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.

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

Posteriormente y mediante el Decreto 3135 de 1968 se reiteró tal posición, expresando que los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez deben cotizar un cinco por ciento (5%) de su pensión a efectos de recibir de parte de la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria (artículo 37).

El Decreto 1848 de 1969 replicó lo dispuesto por el Decreto 3135 de 1968, allí se consignó:

“Artículo 90. Prestación asistencial. (...)

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.”

Luego, la Ley 4ª de 1976; “por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”, creó una mesada adicional pagadera en diciembre para empleados de cualquier orden, así:

“Artículo 5º.- Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite 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.”

Por mandato expreso de la Ley 43 de 1984, se prohibió el descuento para salud a los pensionados, señaló la norma:

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

La mesada adicional de junio nació con la Ley 100 de 1993, en cuyos artículos 50 y 142 se estableció cuáles serían las mesadas adicionales pagaderas, en los siguientes términos:

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

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados. 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." (Texto tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994)

"Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1o. 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.

Parágrafo transitorio. Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal."

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994 se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, así:

“Artículo 30. Monto de la cotización. De conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Decreto-ley 1298 de 1994, la cotización para salud que regirá para la cobertura familiar será, para 1995 de 11 % de la base de cotización, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Esta cotización se elevará al 12% a partir del primero de enero de 1996.

De esta cotización se descontará un punto porcentual para contribuir a la financiación del régimen subsidiado que para todos los efectos se denominará contribución de solidaridad.

La distribución de la cotización, incluida la contribución de solidaridad, será de 2/3 partes a cargo del empleador y 1/3 parte a cargo del trabajador. Los trabajadores independientes, los rentistas y demás personas naturales sin vínculo contractual, legal o reglamentario con algún empleador, tendrán a su cargo la totalidad de la cotización.

Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público que por disposición legal administren sistemas de salud obligatorios, se ajustarán al sistema de cotización definido en el presente artículo, según el régimen de transición establecido en el artículo 68 del Decreto 1298 de 1994 y las disposiciones que lo reglamenten.”

Las Leyes 71 y 79 de 1988 fueron reglamentadas por el Decreto 1073 de 2002, el cual en lo pertinente, prohibió realizar descuentos sobre las mesadas adicionales, así:

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

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 la mesadas adicionales.” (Destaca el Despacho)

No obstante, el párrafo de este artículo fue declarado parcialmente nulo por el Consejo de Estado "...únicamente en cuanto dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993..." a través de sentencia dictada por la Sección Segunda-Subsección "A" del 3 de febrero de 2005 con ponencia de la Magistrada (e) Ana Margarita Forero de Olaya, dentro del proceso 2002-0163.

Así mismo la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, señaló que el valor de la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será conforme lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, así:

"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.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3o de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.

PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989”.

De lo anterior, el Despacho entiende que no existe un régimen de transición en materia de salud, quedando por tanto los pensionados, rigiéndose en esta materia, conforme las disposiciones contenidas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por último, se tiene que el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, modificó la Ley 100 de 1993, señalando el monto de la cotización mensual de cada pensionado, como se pasa a leer:

“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. 1º- 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. 2º- 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.”

Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencias tales como la dictada por la Sección Segunda – Subsección “C”, de fecha 3 de noviembre de 2011, en la que accedió a las súplicas

de la demanda, revocando la decisión de primera instancia emitida por este Juzgado en los siguientes términos:

**"DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES
(...)**

En el presente asunto se demostró que a la actora se le reconoció la pensión de jubilación por medio de la Resolución No. 001633 del 29 de febrero de 2008 (fls.2-4), a partir del 01 de noviembre de 2007, y por medio del Extracto de Pagos expedido por la FIDUPREVISORA S.A. de abril 13 de 2010 (fl.47), se pudo establecer que sobre las mesadas adicionales de diciembre posteriores al primer pago de la pensión se le han hecho descuentos para salud, y como se analizó, esto no tiene fundamento jurídico en una norma que así lo autorice, por lo tanto, tales descuentos son ilegales y constituyen una causal de nulidad del acto administrativo demandado, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 7º de la Ley 42 de 1982 y 5º de la Ley 43 de 1984.

Si bien es cierto que no hay norma expresa que prohíba hacer los descuentos para salud sobre la mesada pensional adicional de junio, también lo es que tampoco hay alguna que esté autorizándola de forma expresa ni tácita, y en aplicación del principio de favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53 de nuestra norma superior, se debe aplicar la interpretación más favorable al pensionado, más aun cuando la ley autoriza efectuar un 12% mensual, y es claro que al realizarlo sobre dicha mesada, se está descontando un 24% mensual, superando lo permitido legalmente.³

Así mismo, la Subsección "F" de dicho Tribunal en providencia del 15 de abril de 2015, resolvió acceder a una demanda en la que se formularon pretensiones similares a las acá expuestas, aduciendo lo siguiente:

"sobre el particular el Honorable Consejo de Estado, en concepto, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, C.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo, sostuvo:

"En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses.

(...)

II. se responde.

El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace el descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, es ese caso, sería el valor de la mesada"

³ Magistrado Ponente: ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO, dentro del proceso No. 2008-00686, demandante: María Etelvina Alejo de Riveros

De acuerdo con lo expresado por el Honorable Consejo de Estado en el concepto antes mencionado, las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles de descuento del 12% para el pago de cotización al sistema de Seguridad Social en Salud, ya que existe norma expresa que así lo dispone para la mesada de diciembre; y en cuanto la de junio es una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

Del análisis de las normas que han regulado el tema de las mesadas adicionales y de la jurisprudencia, se concluye que sobre la mesada adicional de diciembre no se puede realizar el descuento del 12% para el pago de aportes al Sistema de Seguridad en Salud, por cuanto existe norma expresa que así lo señala (Ley 42 de 1982 Art. 7 y la Ley 43 de 1984 Art. 5)

En relación con la mesada adicional de junio, aun cuando el Consejo de Estado en sentencia del 9 de septiembre de 2005, declaró la nulidad parcial del párrafo del artículo 1º del decreto 1073 de 2003, que permitiría efectuar descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el descuento del 12% de la mesada adicional de junio no podrá hacerse, por cuanto según lo establece la Ley 812 de 2003 en su Artículo 81, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en materia de cotización al sistema de Seguridad Social están regulados por la Ley 100 de 1993.

(...)

En lo atinente al descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se percibe en junio y diciembre dicho descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

En conclusión, no se puede realizar descuentos del 12% para cotización en salud, de las mesadas adicionales de la pensión, por cuanto hay norma expresa que prohíbe realizar descuentos de la mesada adicional de diciembre, como anteriormente se estableció, y en relación con la mesada de junio, se tiene que el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, no podría cotizar dos veces por el mismo mes.

Por lo tanto, encuentra la Sala que no existe norma alguna que faculte a la Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fonpremag-, por intermedio de la Fiduciaria la Previsora – FIDUPREVISORA- S.A., a realizar descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de aquellas personas que gocen de una pensión de jubilación.” (Negrilla fuera texto)

Así las cosas, este Despacho señala que la cuantía de la cotización en salud fue fijada originalmente en la Ley 100 de 1993, en un porcentaje del 12% del ingreso base, a cargo del afiliado en el caso de los trabajadores pensionados e independientes y para los asalariados indistinto sean del sector público o privado, se fijó en un 8% a cargo del empleador y un 4% a cargo del trabajador.

Sin embargo, la Ley 1122 de 2007 aumentó la cuantía de la cotización total para el sistema de salud, quedando en el 12.5% del ingreso base, no obstante, frente a las consecuencias de dicho aumento en el sector pensional, se expidió la Ley 1250 de 2008, en el cual se dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud para los pensionados, sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada

pensional, del cual, vale aclarar pertenecen todos las personas que reciben una mesada pensional independiente al régimen con el cual adquirió el status pensional.

De lo antes señalado, este Despacho acoge la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde señala que revisada la normatividad vigente y en lo que respecta al descuento obligatorio para salud, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se perciben en junio y diciembre, generándose un doble descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

Debiéndose por tanto, entender que la Ley 91 de 1989, enuncia en su artículo 8 los recursos que componen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, concordándola con la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, normas que prohíben los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales. Situación que en su momento discurrió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997.

CASO CONCRETO

En el asunto de la referencia la señora ELIZABETH MACÍAS LUGO, actuando a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad del acto ficto constituido ante el silencio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG, frente a la petición elevada el 26 de marzo de 2015, acto mediante el cual de manera presunta, dicha entidad denegó el reconocimiento de la denominada “prima de medio año” equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal “b” del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

- De la existencia del acto ficto

Así las cosas, a efectos de determinar si en el asunto de la referencia se constituyó el acto ficto o presunto derivado del silencio de la Secretaría de Educación de Bogotá y/o del extremo pasivo, se reitera que respecto de las peticiones el artículo 83 del CPACA⁴ señala que tal fenómeno jurídico se configura pasados 3 meses desde la

⁴ Vigente para la fecha de radicación de la aludida petición.

presentación de la solicitud pertinente, además que la entidad no se exime del deber de decidir la petición, salvo que se haya interpuesto recurso en contra de la misma.

Así las cosas, descendiendo al caso concreto se evidencia que a folios 3 a 5 del plenario obra copia de la solicitud de reconocimiento de la prima de medio año referida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, así como de reintegro y suspenso de los descuentos en salud aplicados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, petición que fue radicada el 26 de marzo de 2015 (fl. 3), fecha a partir de la cual la entidad tenía tres meses, es decir hasta el 26 de junio de 2015, para emitir respuesta.

Decantado lo anterior y como quiera que en el Oficio S-2015-50894 del 26 de marzo de 2015, aun cuando se hizo alusión a la normatividad que regula el tema de los descuentos en salud, la mencionada Secretaría refirió que no ostentaba competencia para resolver particular y de hecho no se pronunció sobre el reintegro solicitado, así como tampoco emitió respuesta alguna frente a la prima de medio año reclamada.

Ahora, frente a las respuestas a tales pedimentos por parte de la Fiduprevisora S.A. a quien le fue remitida dicha solicitud, este Despacho concluye que en efecto éstas no son respuestas de fondo y por lo tanto no se configuran como actos administrativos que sean susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción, por lo que resulta forzoso colegir que en efecto se configuró el silencio de la administración.

Anotado lo anterior, entra el Juzgado a determinar si le asiste derecho a la parte actora de que se le reconozca la mesada adicional del mes de junio de cada año, como también la suspensión de los descuentos en salud adicionales de junio y diciembre y la consecuente devolución de las sumas descontadas por ese concepto.

- De la pensión de jubilación docente y la mesada de “medio año”

Para analizar el caso puesto en conocimiento de la jurisdicción, conforme a lo expuesto en el marco jurídico, debemos tener como punto de partida la fecha de vinculación de la accionante, por cuanto es la circunstancia que en últimas define el régimen tanto pensional como prestacional aplicable cuando se trata de docentes.

Acorde con lo anterior, se encuentra probado que la accionante se vinculó como docente el 9 de abril de 1987, como se observa a folio 13 del plenario, en consecuencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 15, numeral 1º, de la Ley 91 de 1989, en materia prestacional mantendría el régimen que venía gozando de conformidad con las normas vigentes pues tal vinculación se dio antes del 31 de diciembre de 1989 y por tanto, conforme a lo expuesto en precedencia, en lo atinente al reconocimiento pensional, debía darse aplicación a los requisitos y parámetros señalados en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, tal como lo hizo la entidad en la Resolución No. 0446 del 1º de febrero de 2010.

Ahora bien, no se puede perder de vista como ya se indicó, que por tratarse de una prestación de carácter pensional, en efecto resultaban aplicables los presupuestos del literal "b" del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, como quiera que la accionante se vinculó con posterioridad al 1º de enero de 1981 y antes del 31 de diciembre de 1989, norma que al respecto establece:

*"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 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."
(Subrayas fuera de texto)*

Bajo la anterior perspectiva, se colige que la señora MACÍAS LUGO en efecto ostentaba el derecho a que el pago de su pensional de jubilación, incluyera el pago de una prima adicional "de medio año" equivalente a una mesada pensional, como aduce la parte demandante.

Al respecto, tras analizar el acervo probatorio recaudado, se advierte que la entidad demandada reconoció a la accionante su pensión de jubilación con base en el régimen aplicable, tanto así que conforme a la relación de pagos que obra a folios 108 a 110 vto. del expediente, se evidencia que ella percibió una prima de medio año equivalente a una mesada pensional en los años de 2008 y 2009.

No obstante, como se expresó en el marco jurisprudencial y como lo indicó la Fiduciaria La Previsora en el Oficio No. 2015-0160458641 del 16 de junio de 2015 (fls. 8 y 8 vto.), en atención a lo consagrado por el Acto legislativo 01 de 2005, que en el Parágrafo 6º limitó el pago de la mesada 14 únicamente para las personas que percibían una pensión igual o inferior a tres (3) SMLMV causada antes del 31 de julio

de 2011, la demandante perdió el beneficio del pago de la denominada mesada adicional en el mes de junio de cada año.

Al respecto, como consta en la Resolución No. 0446 del 1º de febrero de 2010, la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante fue reconocida en una suma de \$ 1.672.478.00 a partir del 31 de diciembre de 2018 (fls. 10 a 12). Prestación que no quedó exceptuada del Acto Legislativo ya citado, ya que como se probó fue reconocida en suma superior a los tres (3) SMLMV.

El Despacho reitera que la mesada adicional del mes de junio solo fue percibida por la accionante para el año 2008 y 2009, por tal motivo no le asiste la razón al apoderado de la parte actora indicar que percibe una mesada adicional y que ésta corresponde a la consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, más aun cuando conforme a lo expuesto en el marco legal aplicable al asunto, el régimen de prima media consagrado en la dicha normatividad y en la Ley 797 de 2003, es aplicable sólo a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que no es el caso de la demandante.

Acorde con lo anterior, resulta forzoso colegir que tal argumento no desvirtúa la presunción de legalidad que ostenta la negativa ficta genera frente a la solicitud de reconocimiento de la denominada "prima de medio año" equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal "b" del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y por tanto no resulta procedente declarar la nulidad de tal decisión.

Anudado a lo anterior, se encuentra que la Corte Constitucional en Sentencia C-277 de 2007, declaró la exequible el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que se encuentra la legalidad de la norma aplicable al caso bajo estudio.

- De los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre

Continúa entonces el Despacho resolviendo lo atinente a los referidos descuentos, para lo cual se advierte que conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente lo señalado en la Ley 91 de 1989, en materia de cotización a salud, por lo que los docentes afiliados a FONPREMAG se rigen por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 que consagran el

Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, sin que estén inmersos en un régimen transición.

De esa manera, conforme lo señalan la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, los pensionados sin importar el régimen en el cual adquirieron el status pensional sólo se encuentran obligados a cotizar al régimen contributivo de salud un 12% en cada mesada pensional, por lo cual para las mesadas adicionales de junio y diciembre el porcentaje que por Ley se debe aportar es el 12% sin que sea dable realizar un 24%, ya que esto implicaría que por el mismo mes se estaría efectuando un doble descuento.

Ahora bien, se tiene que a folios 107 a 110 vto. del expediente, obran el extracto de pagos y la certificación de descuentos sobre la mesada pensional de la accionante, expedida por la Fiduprevisora S. A. en los que consta que la prestación pensional de dicho sujeto procesal, ha sido objeto de doble descuento por concepto de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al aplicarlos sobre las mesadas adicionales.

Por lo anterior, el Despacho ordenará la suspensión y el reintegro de los dineros descontados para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre que se hayan realizado en la pensión que devenga la parte actora, a partir del adquirió el status pensional, esto es el 31 de diciembre de 2008, fecha desde la cual se reconoció la pensión.

Bajo las anteriores consideraciones, se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad que ostenta el acto ficto configurado ante la solicitud radicada el 26 de marzo de 2015, pero sólo en cuanto a los descuentos efectuados, y por tanto, se declarará la nulidad parcial del mismo.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de los descuentos que serán susceptibles de devolución en el asunto de la referencia, se contabilizará el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles tales derechos, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, para lo cual es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que a la parte actora le fue reconocida la prestación pensional en su favor a partir del 31 de diciembre de 2008 (fls. 10 a 12) y que el 26 de marzo de 2015 solicitó ante la Secretaría de Educación del Distrito, la suspensión y reintegro de los valores descontados para salud (12%) sobre sus mesada adicionales, entre otras solicitudes, escrito que generó la interrupción del término prescriptivo por el término de 3 años, más cuando la acción de la referencia fue impetrada el 12 de diciembre de 2016 (fl. 28), esto es sin que se completara nuevamente el término de 3 años consagrados en la norma, lo que nos permite concluir que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas objeto de devolución, causadas con anterioridad al 26 de marzo de 2012, circunstancia que será declarada de manera oficiosa.

Las sumas que resulten de los anteriores reconocimientos, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por descuentos para salud, 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, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: PRIMERO: Declarar de la nulidad parcial del acto ficto constituido ante el silencio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de FIDUPREVISORA S. A., frente a la solicitud radicada el 26 de marzo de 2015, pero sólo en lo atinente al reintegro y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condena la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a FIDUPREVISORA S. A., a suspender los descuentos que se vienen aplicando sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga la señora ELIZABETH MACÍAS LUGO, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.511.995 de Bogotá D.C., con destino al sistema de salud, y proceda reintegrar las sumas descontadas por tal concepto, a partir del 26 de marzo de 2012, por prescripción trienal y conforme a lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Las sumas que resulten de los anteriores reconocimiento y condena, respectivamente, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. (\text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL})$$

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

CUARTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin lugar a condena en costas.

SEXTO: Dese cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

J.E.P.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy diecinueve (19) de septiembre de 2018 se notifica la anterior Sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>059</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00219-00
Demandante: **CARLOS ALBERTO RAMÍREZ BETANCUR**
Demandado: **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**
Asunto: **Sentencia de primera instancia**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor RAMÍREZ BETANCUR en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FONPREMAG.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. 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, el señor RAMÍREZ BETANCUR, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de la Resolución No. 0416 del 3 de febrero de 2017, en la que se negó la reliquidación de la pensión que disfruta el actor, con inclusión de la totalidad de factores salariales que devengaba al momento de adquirir el estatus pensional, acto administrativo proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se declarara que el accionante tiene derecho a que tal prestación sea reconocida con el 75% de la totalidad de los factores salariales acreditados, junto con los respectivos reajustes, intereses e indexación que corresponda conforme a lo previsto en el art. 192 del CPACA, además de las costas del proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones se informa que tras prestar sus servicios como docente al Distrito Capital por más de 20 años, mediante la Resolución No. 6647 del 21 de noviembre de 2008 le fue reconocida la pensión de jubilación sin

tener en cuenta la totalidad de factores devengados, razón por la que solicitó la revisión y reliquidación de la aludida prestación, lo cual fue denegado mediante la resolución objeto de litigio.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita el preámbulo y los artículos 2°, 4, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, Código Civil artículo 10, la Ley 57 de 1987, Ley 4 del 66, Decreto 1743 de 1966, decreto 1042 de 1978, Ley 4ª de 1992, Ley 812 de 2003 artículo 81 y Convenio 95 de la OIT.

Para ello indica que la administración pública tiene la obligación de proteger a todos los residentes del territorio nacional, especialmente en lo atinente a sus derechos de carácter fundamental, entre ellos el trabajo y los derechos pensionales de que aquél se derivan, los cuales se desconocen con las decisiones demandadas por parte de las accionadas, normas conforme a las cuales se debe incluir a los docentes todos los factores salariales en su pensión y como la demandante demostró cumplir los requerimientos legales para ello no puede hacerse nugatorio el derecho que le asiste.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El extremo pasivo contestó la demanda dentro de la oportunidad legal oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y pronunciándose frente a los hechos, para lo cual, además de citar las disposiciones legales que regulan sus funciones y competencias, manifestó que son las entidades territoriales ostentan y ejercen actualmente la potestad nominadora, además de que administran las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los planteles educativos y son quienes expiden el acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sociales.

Acorde con lo anterior, propuso las excepciones de: (i) *"FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA"*, la cual fue resuelta de manera desfavorable en la etapa de excepciones de la audiencia Inicial; (ii) *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"* por cuanto no es la entidad obligada a efectuar el estudio de reconocimiento o negación de la prestación objeto de litigio.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto proferido el 27 de julio de 2018 (Fl. 166), *i.* Se prescindió del restante periodo probatorio, por lo que el mismo se declaró cerrado, y *ii.* Se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad en que la parte demandante reiteró los argumentos invocados en la

demanda, e indicando que habiéndose reconocido la pensión con inclusión de la asignación básica y la prima de vacaciones, obvió la inclusión de la prima especial y la de navidad, que aduce debieron ser incluidas.

Por su parte la entidad demandada guardó silencio y el Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial se determinó que el problema jurídico se centra en establecer si le asiste el derecho al demandante, a que se reajuste la pensión de jubilación que disfruta incluyendo todos los factores de salario devengados en el año anterior a la obtención de su estatus pensional.

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES. Obran como tal las siguientes documentales dentro del plenario:

1. Copia des escrito de petición presuntamente elevado por el accionante ante FONPREMAG en el que solicitó la revisión y reliquidación de su pensión de jubilación conforme al *petitum* de la demanda (fl. 2-5).
2. Copia auténtica de la Resolución No. 0416 del 3 de febrero de 2017, mediante la cual se negó la revisión de la mencionada prestación (fl.6).
3. Copia de la Resolución No. 6647 del 21 noviembre de 2008, en la que se reconoció la pensión de jubilación en favor del aquí accionante, partir del 16 de junio de 2008 (fl. 10-11)
4. Copia de la Cédula de Ciudadanía del accionante (fl. 12).
5. Copia auténtica del expediente administrativo correspondiente a la pensión de jubilación que fue reconocida al accionante como docente (fls. 107-148).
6. Copia del formato único para la expedición de certificados de historia laboral (fl. 160)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen de la pensión de los docentes y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mentada prestación.

- DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE

El Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 *"por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"*, que en su artículo 3º estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

Posteriormente, se expidió la Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, que en su artículo 15 dispuso que los docentes nacionalizados que figuren vinculados a treinta y uno (31) de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen del que han venido gozando, que para el caso es el mismo régimen de los empleados públicos de los distintos órdenes contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Al respecto, el Consejo de Estado, señaló:

"Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.

Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria (...)"¹.

Ahora, el sistema de seguridad social se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el cual exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

"Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal

¹ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

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

De lo anterior se colige, que los docentes quedaron excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual, no es aplicable el régimen contenido en la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió la Ley 115 de 1994 “Por la cual se expide la Ley General de Educación”, que en su artículo 115 consagró:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”.

Conforme a lo anterior, se tiene que el régimen prestacional de los docentes es el consagrado en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, entendiéndose que para efectos pensionales se debe aplicar la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, dispuso:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (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.

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.

(...)

Parágrafo 1o. (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

(...).”

En ese sentido, se advierte que la anterior norma no es aplicable a: (i) los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la ley ha determinado expresamente; (ii) aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones; y (iii) los empleados oficiales que cumplieron 15 años de servicio al 29 de enero 1985, teniendo en cuenta que su derecho pensional se rige por la norma anterior.

Así las cosas, como quiera que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados 15 años de prestación de servicios, le resultan aplicables las disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, amén que los mismos no gozan de un régimen exceptuado ni especial.

Finalmente, se expidió la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", que respecto al régimen prestacional de los docentes oficiales contempló:

"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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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" (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, es aplicable a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Disposición ratificada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1º de 2005, que al tenor consagra:

"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"Párrafo transitorio 1o. 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, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

La anterior postura fue igualmente reiterada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el pasado 28 de agosto de 2018, que al respecto señaló:

"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."³

Atendiendo a las anteriores consideraciones, se insiste en que a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, conforme a las previsiones del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989, se les debe continuar aplicando la Ley 33 de 1985, en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y por ende, mantienen la expectativa legítima de ser pensionados teniendo en cuenta la edad, tiempo y para su monto pensional el 75% de los factores del último año de servicio.

-DE LOS FACTORES SALARIALES

Así las cosas, se prosigue con el estudio de cuáles son los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, consagrados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, de la siguiente manera:

"Artículo 3º. 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

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 [...]".

³ Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Expediente:52001-23-33-000-2012-00143-01, Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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. (Negrillas fuera de texto)."

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

*"Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; **primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación**; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...)"*

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3° de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila emitida el 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, anotando lo que sigue:

"(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."⁴ (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

"(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, **asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios**, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)**".⁵ (Negrillas fuera de texto).

Tal posición fue reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón⁶, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la "retribución", es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la "habitualidad", es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

No obstante lo anterior, en la sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se abordó nuevamente el tema en cuestión, por lo que tras efectuar un análisis de las normas en cita frente a postulados de carácter constitucional como es la solidaridad en el sistema de seguridad social, referido en el artículo 48 de la Carta, consideró que la interpretación materializada en la sentencia del 4 de agosto de 2010 no se acompasa a tales principios y por tanto efectuó una rectificación del criterio interpretativo aplicable, para lo cual señaló:

"99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella

⁴ Sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado: 250002325000200607509 01,

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

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.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema." (Subrayas fuera de texto)

Bajo la anterior perspectiva que además ostenta el carácter de vinculante, se concluye que para liquidar la mesada pensional de aquellas pensiones que sean reconocidas bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, como es la de los docentes por disposición de la Ley 91 de 1989 solamente se incluirán los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor CARLOS ALBERTO RAMÍREZ BETANCUR, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad de las Resolución mediante la cual las accionadas negaron el reajuste de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados y efectivamente acreditados en el año anterior a la adquisición de su estatus pensional.

Con base en lo anterior, es menester resolver si el actor tiene derecho a que la pensión que disfruta sea reajustada conforme a lo peticionado.

- **De la reliquidación pensional**

Sobre el particular, se encuentra probado dentro del proceso que el demandante, señor CARLOS ALBERTO RAMÍREZ BETANCUR fue vinculado como docente a partir del 9 de marzo de 1993, que laboró por más de 20 años como docente de vinculación distrital y que adquirió su estatus pensional el 15 de junio de 2008 (Ver Fl. 10, vto.), razón por la cual, para efectos del reconocimiento pensional se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

En ese orden, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 6647 del 21 noviembre de 2008, FONPREMAG reconoció al actor pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% del promedio de salarios del año anterior a la adquisición del estatus pensional (Fl. 10).

En virtud de lo anterior y de conformidad con la primera regla adoptada por el Consejo de Estado en la última sentencia de unificación, se advierte tratándose de un docente vinculado con anterioridad al 27 de junio de 2003, le es aplicable el régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 y por ende continúa siendo aplicable la Ley 33 de 1985 - sin que para ello sea necesario acudir al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993-, en lo atinente al tiempo de servicios (20 años) y la edad (55 años) para tener derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación teniendo en cuenta los factores del último año de servicio.

En ese orden, conforme a la segunda regla que se deriva del aludido fallo proferido el 28 de agosto de 2018 y que es aplicable al presente caso, se colige que la liquidación pensional se debe realizar con la inclusión de los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al sistema de seguridad social, en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Así las cosas, acorde con lo señalado en la Resolución No. 6647 del 21 noviembre de 2008, el accionante adquirió su estatus pensional el 15 de junio de 2008, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2007 y el 15 de junio de 2008.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, relacionados en el documento denominado "FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS" para el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2007 al 30 de junio de 2008 (Fl. 107), según el cual, el actor percibió: sueldo y primas: especial, de vacaciones y de navidad, sin embargo solamente realizó cotización para seguridad social sobre el **sueldo básico y la prima de vacaciones**, luego eran estos los que podían incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

Así las cosas, verificada la Resolución No. 6647 del 21 noviembre de 2008 (Fls. 10 y 11), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación del actor, tuvo en cuenta los referidos factores, esto es la asignación o sueldo básico y la prima de vacaciones, lo que nos lleva a concluir que no desconoció el régimen aplicable a la pensión vitalicia de jubilación del actor, consagrado en la Ley 33 de 1985 conforme a la interpretación unificadora del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Bajo las anteriores consideraciones, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, razón por la cual tendrán que denegarse las pretensiones incoadas en el asunto de la referencia.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte demandante en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en este fallo.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 19 de septiembre de 2018 se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>069</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--

MPI: