

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto : reliquidación pensión
Expediente No. : 11001 33 42 054 **2019 00109 00**
Demandante : CLARA ELENA SALAZAR MORENO
Demandado : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A.

Se encuentra el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por la señora CLARA ELENA SALAZAR MORENO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.663.262, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**. Sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del *sub lite*, de la siguiente manera:

1. DEMANDA

1. Pretensiones:

“PRIMERO: Solicito que se declare la **NULIDAD** de la Resolución número 428 del 24 de enero del 2019, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C., mediante la cual SE NEGÓ EL AJUSTE DE UNA PENSIÓN JUBILACIÓN, así como también negó la petición de reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de salud.

SEGUNDO: Solicito que se declare la **NULIDAD del ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO, originado por el silencio administrativo** proferido por la Directora de Afiliaciones y Recaudos – Fiduciaria La Previsora S.A., pues no se pronunció sobre la petición número 20180322680372 del 13 de septiembre del 2018, sobre el reintegro y suspensión de descuentos efectuados por concepto de Seguridad Social en Salud sobre las mesadas adicionales.

TERCERO: Solicito que como consecuencia de la declaratoria de **NULIDAD** de la Resolución número 428 del 24 de enero del 2019 y de la **NULIDAD DEL ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO**, originado por el silencio administrativo, proferido por **La Fiduciaria la Previsora S.A.**, se **CONDENE a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL**

MAGISTERIO REGIONAL BOGOTÁ D.C., y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., respectivamente, a proferir el acto administrativo que RECONOZCA Y PAGUE a favor de mi poderdante:

3.1. La revisión y ajuste de la pensión jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados por mí representada en el año anterior al cumplimiento de su ESTATUS PENSIONAL, esto es del 25 de septiembre de 2016 al 24 de septiembre de 2017, incluyendo para el efecto además de los ya reconocidos, también, LA PRIMA ESPECIAL, LA PRIMA DE SERVICIOS Y LA PRIMA DE NAVIDAD.

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

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

CUARTO: Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor de mi poderdante, el valor de los reajustes que se causen por los conceptos referidos en los numerales anteriores, desde el momento en que se le reconoció esta pensión, descontando lo que ya se ha cancelado.

QUINTO: Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar la **INDEXACIÓN** sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de la re liquidación pensión jubilación, referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 187 y 192 del CPACA.

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

2. Relación Fáctica:

- Mediante Resolución No. 2286 del 2 de marzo de 2018, la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito reconoció a la demandante pensión mensual vitalicia de jubilación por la suma de \$2.646.200,00 a partir del 25 de septiembre de 2017.

- El 30 de octubre de 2018, la demandante presentó derecho de petición con radicado N° E-2018-165352/2018-PENS-660878, ante el Fomag – Secretaría de Educación de Bogotá, en el que solicitó el reajuste de la pensión vitalicia de jubilación teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados y certificados durante el último año anterior al cumplimiento de status jurídico de pensionada, y la devolución de los aportes a Seguridad Social en Salud efectuados sobre las mesadas adicionales, así como la suspensión de dichos descuentos.

- Mediante Resolución No. 428 del 24 de enero de 2019, la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito negó la solicitud de reajuste de la pensión vitalicia de jubilación de la accionante, así como el reintegro y

suspensión de los aportes a Seguridad Social en Salud, sobre las mesadas adicionales.

- El 13 de septiembre de 2018, la demandante solicitó ante la Fiduprevisora S.A., el reintegro, y suspensión de los dineros descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.

- La demandante afirma que la Fiduprevisora S.A. guardó silencio frente a la anterior petición.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

2.1 La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A.- contestó la demanda (Fls. 43-77), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que no es viable la inclusión de la prima especial, la prima de servicios y la prima de navidad, para la liquidación de la pensión de la demandante, debido a que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, precisa que los factores a tener en cuenta para la liquidación a las pensiones deben ser aquellos sobre los cuales se haya efectuado aportes al sistema de seguridad social y que se encuentren enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Indicó que en el caso concreto, la señora Clara Elena Salazar Romero nació el 24 de septiembre de 1952; que prestó sus servicios como docente a partir del 17 de julio de 1995, y que adquirió su status pensional el 24 de septiembre de 2017.

Que atendiendo a que su vinculación se produjo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, la normativa aplicable es la fijada en el Art. 15 de la Ley 91 de 1989.

Señaló que si bien la demandante devengó los factores de asignación básica, prima especial, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, y bonificación decreto, solamente efectuó aportes por concepto de asignación básica y prima de vacaciones, por lo que en la resolución de reconocimiento pensional, la administración debió incluir solamente la asignación básica, único factor sobre el cual se efectuó aportes y que se encuentra enlistado en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, requisito previsto en la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019. No obstante, se reconocieron los factores de prima de vacaciones y bonificación decreto, cuando no se encontraban enlistados en la norma referida, aun cuando solo se efectuó aportes sobre el primero.

En consecuencia, la parte demandada consideró que en atención a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, no es procedente la reliquidación pensional solicitada, debido a que no se demostró que se hubiera efectuado aportes al sistema de seguridad social por concepto de prima de navidad, prima especial y prima de servicios, así como tampoco se encuentran enlistados en el artículo 1° de la ley 62 de 1985.

Frente a los descuentos hechos por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas pensionales adicionales, indicó, que por autoridad del artículo 8° de la Ley 100 de 1993, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la entidad encargada de descontar el 5% de cada mesada pensional cancelada, incluyendo las mesadas adicionales, cualquiera que sea su naturaleza.

Señaló que posteriormente la ley 812 de 2003, previó en su artículo 81, que el régimen de cotización de los docentes que se encuentren afiliados a FOMAG, sería el contenido en las leyes 100 de 1993, y 797 de 2003, y que el Art. 204 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será del 12% del salario base de cotización.

Que de igual manera, el párrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes anteriores a la vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el Art. 81 Ibídem, y los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de ésta Ley, tendrán los derechos de prima media, establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del Art. 81 de la Ley 812 de 2003.

Que visto lo anterior, se entiende que el porcentaje indicado en virtud de lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, es el 12%, proporción que finalmente fue confirmada por la Ley 1250 de 2008, para todos los pensionados sin distinción de ningún tipo.

Señaló que según lo concluyó el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1988 del 11 de marzo de 2010 – C.P. William Zambrano Cetina, en el caso específico de los docentes con pensión reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la viabilidad o no de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales reconocidas a dicho personal, depende de la fecha de vinculación al sector educativo. Así, la alta corporación, concluyó que para los docentes oficiales vinculados antes del 27 de junio de 2003, el descuento de la cotización por concepto de salud sería del 5%, sobre cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, y para los educadores que

entraron al ramo docente a partir del 27 de junio de 2003, las cotizaciones del 12% para salud procederían sobre cada mesada pensional, salvo las adicionales de junio y diciembre.

Finalmente indicó que teniendo en cuenta que la accionante se vinculó como docente el 17 de julio de 1995, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, los descuentos efectuados sobre su mesada adicional de diciembre se encuentran ajustados a derecho.

Que si bien el monto para calcular la cotización de la accionante, se encuentra fijado en la Ley 812 Ibídem, es la Ley 91 de 1989 la que regula el régimen pensional aplicable a su caso, y en ella se autoriza el descuento del 5% sobre cada mesada adicional pensional devengada por la beneficiaria, incluyendo las adicionales.

Por su parte, la Fiduprevisora S.A. propuso la excepción previa de falta de legitimación de la causa por pasiva, bajo el argumento de que es tan solo una entidad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que no tiene competencia para expedir actos administrativos de reconocimiento de prestaciones.

3. AUDIENCIA INICIAL Y AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y DE JUZGAMIENTO:

El 20 de noviembre de 2019, se llevó a cabo audiencia inicial (Fls. 85-88), en la que se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Fiduciaria la Previsora S.A.; se fijó el litigio; se declaró fallida la etapa de conciliación; y se decretó la prueba solicitada por la parte demandada.

Mediante auto del 6 de febrero de 2020, se corrió traslado a las partes por el término de tres (3) días, de la prueba decretada en la audiencia inicial.

Una vez vencido el anterior término, mediante auto del 20 de febrero de 2020, se cerró el debate probatorio, y se ordenó a las partes presentar los alegatos de conclusión, concediendo el término legal, los cuales fueron presentados por las partes dentro del término legal, reiterando y complementando los argumentos de la demanda y de la contestación de la demanda, respectivamente.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Acto Administrativo Demandado.

En el presente caso se controvierte la legalidad de la **Resolución No. 428 del 24 de enero 2019**, proferida por la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Distrito, en nombre y representación del Fonpremag, por medio de la cual se negó la solicitud de reajuste de la pensión de jubilación de la actora, así como la solicitud de devolución y suspensión de los aportes efectuados por concepto de Seguridad Social en Salud, sobre las mesadas pensionales adicionales.

3. Problema jurídico.

Se presentan dos problemas jurídicos:

1. Corresponde al Despacho determinar si la demandante tiene derecho o no a la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios anterior a la fecha de adquisición del estatus jurídico de pensionada (24 de septiembre de 2017).

2. Si la demandante tiene derecho a que se le realice el reintegro y suspensión del 12% de aporte en salud, sobre la mesada pensional adicional de diciembre, o si por el contrario la pensionada está obligada legalmente a aportar al Sistema de Seguridad Social en Salud el 12% que le es deducido.

4. Marco normativo y Jurisprudencial aplicable al Régimen Pensional del Personal Docente.

Con el fin de dirimir la controversia debatida, conviene precisar la normatividad aplicable para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la accionante.

El Estatuto Docente establecido en el Decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente, en momento alguno reguló lo concerniente a las pensiones de jubilación de los docentes, motivo por

el cual se entiende que continúan regulados por el régimen ordinario de pensiones.

De igual forma, la Ley 91 de 1989 expedida el 29 de diciembre, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prevé en su artículo 15 que el personal docente nacionalizado, para efectos de prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan a futuro con las excepciones consagradas en dicha normatividad.

Ese mismo artículo estableció que a los docentes oficiales vinculados a partir del 1º de enero de 1990, nacionales o nacionalizados que cumplan los requisitos de ley, se les reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año, y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, que para el momento de la entrada en vigencia de la Ley en mención era el contenido en las leyes 33 y 62 de 1985.

Por su parte, la Ley 33 de 1985 derogó los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968, así como las demás disposiciones que le fueran contrarias y estableció que los empleados oficiales que sirvan o hayan servido veinte (20) años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrán derecho a que la respectiva caja de previsión les 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 (artículo 1o).

En lo referente a los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, la Ley 33 de 1985 en su artículo 3o previó lo siguiente:

(...)

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

A su turno, el artículo 1o de Ley 62 del 16 de septiembre de 1985, por la cual se modifica el artículo 3o de la Ley 33 del 29 de enero de 1985, agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se establecieron unas excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social establecidas en el artículo 279 de ese mismo estatuto:

“ARTICULO 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 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.”

De lo anterior, se extrae que solamente aquellos docentes que se vinculen en tal calidad a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, estarán cubiertos por el Sistema Integral de Seguridad Social, los vinculados con anterioridad, estarán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

En tal sentido, es necesario recordar lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, según el cual el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en dicha ley.

Finalmente, el artículo 18 de la Ley 812 de 2003 señaló que 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 dicha ley, vale decir, no consagró cosa distinta que ratificar el régimen prestacional previsto en la Ley 91 de 1989 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales.

No obstante lo anterior, esta Sede Judicial venía reconociéndole a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales el régimen prestacional contenido en la Ley 91 de 1989 y en cuanto a la liquidación de la pensión lo contenido en la Ley 33 de 1985, pero teniendo en cuenta la segunda sub regla dispuesta por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018¹, respecto de los factores salariales sobre los cuales se cotizó más no los que percibió en el último año de cumplimiento del status pensional o de retiro.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que dicha Corporación se preocupó por unificar criterios frente a la situación de las pensiones de los servidores públicos

¹ Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, Magistrado Ponente Doctor Cesar Palomino Cortes (Proceso No. 52001-23-33-000-2012-00143-01).

y en especial lo que respecta a los docentes oficiales, a través de la sentencia de Unificación No. **SUJ-014-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019**² se indicaron los parámetros para reliquidar la pensión de los docentes de acuerdo a la transición pensional a la que pertenecen.

De tal suerte que el Honorable Consejo de Estado luego de realizar un estudio juicioso respecto del régimen pensional de los docentes concluyó que la liquidación de la pensión ordinaria de los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003), que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación, para los servidores públicos del orden Nacional previsto en la Ley 33 de 1985, deberá liquidarse teniendo en cuenta la edad de 55 años para hombre y mujer, 20 años de servicio, tasa de remplazo del 75% y en cuanto al Ingreso Base de Liquidación debe comprometer:

1. El período del último año de servicio docente y
2. Los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en el artículo 1° la Ley 62 de 1985³, y por lo tanto no será factible incluir algún otro factor diferente del allí contenido o enlistado.

De la misma manera, respecto de los docentes que fueron vinculados al Fomag a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, serán beneficiarios del régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la edad, según la cual se unificó para los docentes en 57 años para hombres y mujer, en cuando a la tasa de remplazo y el Ingreso Base de Liquidación deberá ser en contenido en el régimen general de pensiones (Ley 100 de 1993) y los factores salariales a tener en cuenta serán los dispuestos en el Decreto 1158 de 1994⁴, sobre los cuales efectuaron las respectivas cotizaciones.

² Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, Magistrado Ponente Doctor Cesar Palomino Cortes (Proceso No. 680012333000201500569-01).

³ Factores salariales artículo 1° ley 62 de 1985:

- 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.

⁴ Factores salariales artículo Decreto 1158 de 1994:

- Asignación básica mensual.
- Gastos de representación.
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo.
- Bonificación por servicios prestados.
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.

5. Marco normativo y Jurisprudencial aplicable a los descuentos del 12% por concepto de aportes en salud sobre mesadas pensionales adicionales.

Procede el Despacho a realizar el correspondiente análisis normativo, así:

La Ley 4° de 1976, “*por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones*”, consagró en su artículo 5° una mensualidad en forma adicional a la pensión, la cual sería recibida cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre.

La Ley 42 de 1982, “*por la cual se determinan los Grados de las Organizaciones Gremiales de los Pensionados y se dictan otras disposiciones*” dispuso en su artículo 7°, que la mensualidad adicional que trata el artículo 5° de la Ley 4ª de 1976, no sería objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones.

Por su parte, la Ley 43 del 12 de diciembre de 1984, “*por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del Poder Público y se dictan otras disposiciones*”, indicó en su artículo 5°, que a los pensionados a que se refiere la presente ley, no podría descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3° del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969, y que tampoco podría hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.

Posteriormente, con la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones*” se estableció la mesada adicional de junio y se indicó en sus artículos 50 y 142, lo siguiente:

*“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.”*
(Negrilla fuera de texto original)

“ARTICULO. 142. *-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.~~

El texto Subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-409 de 1994.

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 resaltado, declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 529 de 1996”.*

Ahora bien, el Art. 204 de la Ley 100 de 1993, se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud al doce (12%) por ciento, norma que dispuso:

“Artículo 204.- Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, **será máximo el 12% del salario base de cotización.**”⁵(Negrilla y resaltado fuera de texto)

No obstante, el artículo 279 *Ibidem*, para el caso de los docentes que presten sus servicios en beneficio de la educación pública, señaló, que estos empleados serán exentos del Sistema General de Pensiones definido por la Ley en mención:

“ARTICULO. 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 aquél 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 exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (Subrayado Declarado

⁵Modificado, artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995 (..) (Subraya y negrilla son del Despacho)

Por su parte, la Ley 91 de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en relación con los descuentos por aportes de ley, en el numeral 5º, artículo 8º, estableció lo siguiente:

*“**Artículo 8.** EL Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los Siguietes recursos:*

(..)

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

Sin embargo, en cuanto al régimen prestacional de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁶, reglamentado por el Decreto 2341 de 2003, establece que el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será el previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, así:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.

*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 (..)* (Resaltado del Despacho)

Así entonces, el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, fue derogado tácitamente por la Ley 812 de 2003, al disponer que en materia de cotizaciones para salud, los docentes que se encontraban vinculados con anterioridad a la vigencia de la referida norma, así como los que llegaren a vincularse con posteridad, se regirán por las disposiciones normativas señaladas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 797 de 2003.

Por otra parte, el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, modificó la Ley 100 de 1993 y previó el monto de la cotización mensual de cada pensionado, en los siguientes términos: *“(..)* La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se

⁶ <<Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario>>, que entró en vigor a partir de la fecha de su promulgación, esto es, el 27 de junio de 2003 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, de conformidad con su artículo 137.

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.”

Frente a este asunto, la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado, el 16 de diciembre de 1997 en el Concepto No. 1064, con ponencia del Dr. Augusto Trejos Jaramillo, indicó lo siguiente:

" (...) 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 al pago 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. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste " (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De igual forma y sobre asuntos similares al que aquí se analiza, se ha pronunciado el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "B", en Sentencia de 24 de agosto de 2017, Exp. 2015-770, M. P. Dr. Luis Gilberto Ortegón Ortegón, en donde señaló:

"En consecuencia, observa la Sala que si bien es cierto, el numeral 5 del artículo 8 de la pluricitada Ley 91 de 1989, contentivo del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, **por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la**

Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no solo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.” (Negrilla y subrayas fuera del texto).

En similar sentido, la mencionada Corporación -Sección Segunda - Subsección “C”, en Sentencia de 12 de febrero de 2016, Exp.: 2014-4388, M.P. Dra. Amparo Oviedo Pinto, indicó:

*“En atención a la normatividad citada, encuentra la Sala que no existe ninguna norma que faculte a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria la Previsora S.A., a realizar descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pues la ley 71 de 1988, en su artículo 8° sólo prevé los recursos que componen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que debe ser armonizada con las disposiciones legales señaladas, en especial con la ley 43 de 1984, el decreto 1073 de 2003 y la ley 1250 de 2008, **que prohíben expresamente, los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales...**”.* Resaltado fuera del texto.

Así mismo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D”, en Sentencia del 15 de abril de 2018, Exp. 2015-00337, M.P. Dr. Luis Alberto Álvarez Parra, señaló:

*“Ahora bien, no se desconoce que la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, mediante concepto de 11 de marzo de 2010, indicó que se puede efectuar descuentos para salud sobre las mesadas adicionales, en virtud de lo establecido en numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Sin embargo, **como se explicó, dicha disposición normativa fue derogada tácitamente por la Ley 812 de 2003, al disponer que en materia de cotizaciones para salud, se regiría por la Ley 100 de 1993, disposición que en virtud de una interpretación armónica con la normatividad que regula las mesadas adicionales, no autoriza los descuentos para salud sobre las mismas.**”* (Negrilla y subrayas fuera del texto)

De conformidad con lo expuesto, se tiene que, no existe norma que faculte a realizar descuentos por concepto de salud en las mesadas pensionales adicionales de junio y

diciembre, y en virtud del principio de favorabilidad laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, al trabajador o pensionado se le debe aplicar la interpretación más favorable, pues de lo contrario se estaría realizando una deducción del 24% no permitida por la ley. Además la Ley 91 de 1989, artículo 8, debe ser armonizada, con las disposiciones legales señaladas, en especial con las Leyes 43 de 1984 y 1250 de 2008, y el Decreto 1073 de 2003, que prohíben expresamente, los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, y con los lineamientos del precedente jurisprudencial transcrito.

6. Caso concreto.

En consecuencia, se observa dentro del expediente que la señora Clara Elena Salazar Moreno, laboró al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 17 de julio de 1995, y adquirió su estatus pensional el 24 de septiembre de 2017; luego, le es aplicable el régimen pensional contenido en lo previsto en la Ley 33 de 1985 y los factores previstos en el artículo 1° la Ley 62 de 1985 sin que sea oportuno incluir factores diferentes de los allí enlistados.

Así las cosas, durante el año de prestación de servicios anterior al año en que adquirió el status de pensionada, esto es, entre el 24 de septiembre de 2016 y el 24 de septiembre de 2017, la parte demandante percibió los emolumentos denominados asignación básica, prima especial, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, y bonificación decreto, y únicamente se realizaron aportes para la Seguridad Social en los factores de asignación básica y prima de vacaciones (fls.28).

No obstante, y como quiera que en el asunto objeto de debate le es aplicable los factores salariales determinados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y que según la Resolución No. 2286 del 2 de marzo de 2018, la pensión de la demandante fue liquidada con el 75% del promedio de los salarios devengados en el año de servicios anterior al cumplimiento de la fecha status de pensionada, emolumentos denominados: asignación básica, bonificación por decreto y prima de vacaciones (Fl. 19).

Advierte el Despacho que no es factible acceder a las pretensión de reliquidación de la pensión de jubilación solicitada en la demanda, por cuanto los factores salariales que se solicita sean incluidos en la pensión de jubilación (prima especial, prima de servicios y prima de navidad) no se encuentran detallados en el enlistado de la Ley 62 de 1985, tantas veces mencionada.

Factores Ley 62 / 1985	Factores devengados año 2016-2017	Factores cotizados a Seguridad Social	Factores Reconocidos en la R. 2286/2018
Asignación básica	Asignación Básica	X	x

Gastos de representación			
Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación			
Dominicales y feriados			
Horas extras			
	Prima especial		
	Prima de servicios		
	Bonificación decreto		x
	Prima de vacaciones Prima de navidad	X	x

Ahora bien, el despacho observa que la Secretaría de Educación de Bogotá, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció como factores de liquidación de la pensión de jubilación de la accionante, los factores de prima de vacaciones y bonificación por decreto, aún sin estar en el listado de los factores reconocidos en la Ley 62 de 1985, y sin tener en cuenta que solo se cotizó al sistema de Seguridad Social por el factor de prima de vacaciones.

En consecuencia, es claro que la entidad demandada para efectuar la liquidación de la pensión de la accionante solamente debió reconocer el factor de asignación básica (sueldo), el cual se encuentra enlistado en la Ley 62 de 1985 y sobre el cual se realizaron los aportes a Seguridad Social (Fl. 28).

En razón de lo anterior, y conforme a la sentencia de unificación anteriormente referenciada, en el caso bajo estudio no es posible incluir los factores salariales solicitados de prima especial, prima de servicios y prima de navidad, por no hacer parte de los enlistados de la Ley 62 de 1985.

Luego, no queda más camino para esta Sede Judicial que negar las pretensiones de la demanda en lo que respecta a la solicitud de reliquidación pensional, ya que no se logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo que lo ampara y en esa medida adquiere la vigencia que la ley le otorga.

Ahora bien, descendiendo a la pretensión de devolución y suspensión de los aportes a Seguridad Social en Salud sobre las mesadas pensionales adicionales, observa el Despacho que en efecto, la Fiduciaria la Previsora S.A., en calidad de administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha efectuado el descuento del 12% por dicho concepto, en las mesadas adicionales de diciembre, como se observa en la prueba obrante en los folios 93 a 97.

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en los criterios legales y jurisprudenciales referidos en precedencia, el Despacho considera improcedente que

la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, hubiere efectuado los descuentos con destino a salud sobre dicha mesada, a partir del 27 de junio de 2003, fecha en la cual se promulgó la Ley 812 de 2003, teniendo en cuenta que, la norma especial consagrada en el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 fue derogada tácitamente por la Ley 812 de 2003, **y a partir del 27 de junio de 2003, no resultaba procedente efectuar descuentos para salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones consignadas.**

De conformidad con lo anterior, se debe declarar la nulidad parcial de la Resolución 428 del 24 de enero de 2019, únicamente en lo que respecta a la solicitud de reintegro y suspensión de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, toda vez que mediante el referido Acto Administrativo, se negó dicha petición.

En consecuencia, se dispondrá que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -, reintegre a la demandante los descuentos hechos a las mesadas adicionales de diciembre, efectuados sobre su pensión y se ordenará que se abstengan de seguir efectuando dichos descuentos.

Finalmente, se estudiará de oficio, la excepción de prescripción a fin de determinar si opera este fenómeno, y de ser así, la fecha a partir de la cual procede la devolución de dichos descuentos.

7. Prescripción:

Este fenómeno jurídico se encuentra regulado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, en los siguientes términos:

Decreto 3135 de 1968, artículo 41:

“(..)

ARTICULO 41°. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. (...)”

Decreto 1848 de 1969, artículo 102:

“(..) Art. 102.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual. (..)”

El término en que se configura la prescripción es de 3 años contados a partir de la fecha en que se haya hecho exigible el derecho, y se interrumpe con la simple reclamación escrita ante la entidad, por un lapso igual.

Ahora bien, advierte el Despacho, que en el presente caso no se configura la prescripción trienal de los descuentos en salud, sobre las mesadas adicionales de diciembre, comoquiera que entre la fecha en que a la demandante se le concedió el derecho, la fecha en que presentó la petición, y la fecha de presentación de la demanda, no transcurrió un término superior a 3 años.

En ese orden de ideas, se ordenará el reintegro de los valores descontados por concepto de Seguridad Social en Salud, sobre las mesadas adicionales de diciembre, efectuados en la pensión de la señora Clara Elena Salazar Moreno, desde la fecha que adquirió el estatus pensional, esto es, el 24 de septiembre de 2017.

8. Sobre la indexación.

Para efectos de actualizar las sumas adeudadas a la actora, la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberán dar aplicación al artículo 187 del C.P.A.C.A., teniendo en cuenta la siguiente fórmula sobre la cual orienta el Honorable Consejo de Estado:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante, por concepto de descuentos para aportes en salud, sobre las mesadas adicionales de diciembre, desde que se le reconoció su pensión, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada diferencia, comenzando por el primer descuento adicional y para los demás, en adelante, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que se efectuó de cada uno de ellos.

9. COSTAS.

Considerando que la parte demandante no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso, y que los argumentos de la demanda estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- NEGAR las súplicas de la demanda, respecto de la pretensión de reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Clara Elena Salazar Moreno, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución N° Resolución No. 428 del 24 de enero 2019, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito, en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respecto de la petición elevada por la actora el 30 de octubre de 2018, mediante radicado N° E-2018-165352/2018-PENS-660878, en cuanto negaron la solicitud de suspensión de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de diciembre y el reintegro de los valores efectuados por dicho concepto, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, SE CONDENAN a la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reintegrar a la señora Clara Elena Salazar Moreno, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.663.262, los valores que por concepto de aportes para la salud le fueron descontados sobre las mesadas adicionales de diciembre, a partir de la fecha en que adquirió su estatus pensional, esto es, el 24 de septiembre de 2017.

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

CUARTO: ORDENAR a la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, suspender los descuentos con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, sobre las mesadas adicionales de diciembre, de la pensión de jubilación de la señora Clara Elena Salazar Moreno.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó cancelar para gastos ordinarios del proceso si la hubiere, déjense las constancias de las entregas que se realicen y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA

AP