



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL**  
**JUZGADO NOVENO (9º) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD**  
**CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

<b>RADICADO</b>	<b>11001-33-35-009-2020-00328-00</b>
<b>NATURALEZA</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>LIDIA AZUCENA BERNAL BERNAL</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO - FOMAG Y FIDUPREVISORA S.A.</b>

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, profiere sentencia anticipada en los términos del numeral 1º literales b y c del artículo 182A de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el art. 42 de la Ley 2080 de 2021, en el proceso iniciado por la señora **Lidia Azucena Bernal Bernal** contra **la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG y Fiduciaria la Previsora S.A.**

## **I. Antecedentes**

### **1.1. La demanda y su contestación**

#### **1.1.1. Pretensiones**

La parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende se declare **i)** La nulidad de la Resolución No. 1857 del 09 de marzo de 2020, mediante la cual el Fomag negó el ajuste de la pensión de jubilación por aportes, el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales y guardó silencio en lo referente al reconocimiento de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.



Así mismo solicita la Nulidad del oficio S-2020-35297 del 26 de febrero de 2020, mediante el cual el Fomag negó la solicitud de descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales; la Nulidad del acto Ficto o presunto de carácter negativo originado por el silencio administrativo proferido por la Secretaria de educación de Bogotá, en razón a que no emitió respuesta frente a la petición 2020-PENS-002733/E-2020-30212 del 24 de febrero de 2020 respecto al reconocimiento y pago de la prima de medio año regulada por el literal b del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Por último, impetra se declare la Nulidad del acto ficto o presunto negativo, originado por el silencio de la Fiduciaria La Previsora S. A., ya que no se pronunció frente a la petición radicada No. 20180323599942 del 03 de diciembre de 2018.

Aunado a lo anterior y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, solicita:

- i)** se ordene a la Secretaría de Educación de Bogotá D. C., realice los descuentos sobre los factores que se solicita su inclusión, y a su vez efectúe el aporte de los mismos al sistema pensional Fomag.
- ii)** se ordena la revisión y ajustes de la pensión de jubilación por aportes, incluyendo todos los factores salariales devengados por la demandante en el año anterior al cumplimiento del Estatus Pensional, es decir, desde el 24 de marzo de 2009 al 23 de marzo de 2010, incluyendo para tal efecto además de los ya reconocidos, la prima especial y la prima de navidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989.
- iii)** Se reconozca, liquide y pague el retroactivo al que haya lugar; se ordene realizar el reintegro de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia.
- iv)** se ordene a las entidades demandadas suspender los descuentos por seguridad social en salud, realizados sobre la mesada pensional adicional de diciembre de cada año; se ordene el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
- v)** se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor de la demandante, el valor de los reajustes que se causen por los conceptos anteriores, desde el momento en que se recoció la pensión y descontando los valores que ya se hayan cancelado; se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de la reliquidación de la pensión de jubilación por aportes, 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 arts. 187 y 192 del CPACA; **ix)** que se condene en costas a las entidades demandadas.



### **1.1.2. Fundamentos fácticos**

Señala la apoderada de la demandante que mediante Resolución No. 4764 del 14 de octubre de 2010 proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación por aportes a la demandante, efectiva a partir del 24 de marzo de 2010; y al respecto señaló que, en el reconocimiento de tal prestación económica, únicamente se incluyó los factores salariales denominados asignación básica y prima de vacaciones.

Indicó que posteriormente, mediante Resolución 5319 del 12 de junio de 2019, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se le ajustó a la demandante la pensión de jubilación por aportes a partir del 24 de marzo de 2010 y con efectos fiscales a partir del 29 de febrero de 2016, y aclaró que en dicho reajuste se tuvo en cuenta nuevamente los factores salariales de asignación básica y prima de vacaciones.

De otro lado, expuso que, desde el primer pago de las mesadas de la pensión de jubilación por aportes, a la demandante le vienen efectuando descuentos sobre las mesadas adicionales para el sistema de seguridad social en salud.

También refirió que mediante derecho de petición radicado ante el Fomag con No. E-2020-30212/2020 PENS-002733 del 24 de febrero de 2020, se solicitó la revisión y reajuste de la pensión de jubilación por aportes, debido a que no se habían tenido en cuenta todos los factores salariales para su liquidación, así como el reintegro y suspensión de los descuentos por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales, y a su vez el reconocimiento de la prima de medio año establecida en el art. 15 de la Ley 91 de 1989.

Sobre ello indicó que la Entidad demandada, a través de la Resolución No. 1857 del 09 de marzo de 2020 resolvió la solicitud formulada negando el ajuste de la pensión de jubilación por aportes, y negando el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud, y no se pronunció frente al reconocimiento de la prima de medio año.

Asimismo, adujo que mediante petición radicada ante la Secretaría de Educación con No. E-2020-30225 del 24 de febrero de 2020, se solicitó efectuar los descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales que devengaba la demandante, y sobre los cuales no se realizaron descuentos, además que tales valores sean consignados al FOMAG a efectos de incluir los factores faltantes en la base de liquidación.

Frente a tal solicitud, mediante oficio No. S-2020-35297 del 26 de febrero de 2020



la Secretaría de Educación negó lo requerido.

Por otra parte, manifestó que mediante derecho de petición radicado ante la Fiduciaria La Previsora S. A. con No. 20180323599942 del 03 de diciembre de 2018, la demandante solicitó el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales; frente a lo cual dicha Entidad no emitió ninguna respuesta, configurándose así el silencio administrativo negativo.

### **1.1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación**

Como normas violadas la parte actora invoca las siguientes:

- ✓ Ley 57 y 153 de 1887
- ✓ Ley 33 y 62 de 1985
- ✓ Ley 91 de 1989
- ✓ Ley 4 de 1992
- ✓ Ley 60 de 1993
- ✓ Ley 115 de 1994
- ✓ Decreto 1073 de 2002
- ✓ Ley 812 de 2003
- ✓ Ley 100 de 1993
- ✓ Arts. 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política

Entorno al concepto de violación citó lo dispuesto en la sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, en relación con los factores salariales que integran el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación reconocida conforme a la Ley 33 de 1985, estableció que los mismos no deben interpretarse de forma taxativa, sino meramente enunciativa; porque se vulnera el principio de progresividad, igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades. Al respecto indicó que la tesis adoptada en esa sentencia, parte de la base que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señala 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 del servicio, pues la exclusión 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 se sostiene también en la expresión “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.

Teniendo en cuenta lo anterior, si el querer del legislador es darle cabal aplicación a lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, al liquidar



las pensiones tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social, no puede concluirse automáticamente, que los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, y de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto, ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

De otro lado, indicó que quien debe realizar el descuento al trabajador o empleado público (en este caso particular al docente) por los aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social y el respectivo pago a las entidades encargadas del reconocimiento de las pensiones de jubilación es el empleador, tal como lo establecen los artículos 19, 20 y 23 de la Ley 6 de 1945, artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y los artículos 17 y 18 de la Ley 100 de 1993.

En el caso que nos ocupa, el descuento para la cotización sobre el salario (todos los factores devengados habitualmente o periódicamente) de la demandante se omitió por el empleador, lo que no puede afectar el derecho para que se le reconozcan todos los factores salariales que devengó habitualmente como trabajador, en la liquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida por la entidad demandada de conformidad a la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, como en el presente caso se trata de una pensión por aportes, es pertinente señalar que, en concordancia con las normas referidas, existe desarrollo jurisprudencial sobre la Ley 71 de 1988, en el sentido de que se debe tener en cuenta todos los factores salariales sin perjuicio de los descuentos que se deban realizar sobre los aportes que no se han practicado.

A manera de conclusión refirió que la Corte ha sostenido de manera uniforme que la omisión del empleador en el pago de los aportes al sistema de pensiones no es oponible al trabajador y a su derecho a obtener el pleno reconocimiento de sus derechos laborales. Consecuentemente, acorde con lo establecido en los arts. 19, 20 y 23 de la Ley 6 de 1945, la obligación de pagar los aportes a la seguridad social le corresponde al empleador y no al empleado público, por lo que en calidad de trabajadora no se debe sancionar a la demandante por el no pago oportuno de los aportes a seguridad social sobre los factores salariales que se le reconozcan.

Después, señaló que al negarse la liquidación de la pensión de jubilación por aportes a la demandante, con desconocimiento de las normas citadas en precedencia, se violaron los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política; y



además aduce que con el actuar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al negar la reliquidación de la pensión de la demandante, con la inclusión de todos los factores salariales, se viola lo establecido en la adición efectuada al artículo 48 de la Constitución Política, a través del acto legislativo 01 de 2005.

Por otra parte, indicó que en el caso sub examine, se dejó de aplicar lo establecido en la Ley 91 de 1989 referente al régimen prestacional de los docentes nacionalizados. De igual manera se aplicó en forma equivocada la Ley 71 de 1988, que contempla los requisitos y la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación por aportes, que goza de un régimen especial y que es más favorable al pensionado; por el contrario se aplicaron normas procedimentales diferentes, que dieron lugar a la negación de la liquidación de la pensión, que son desfavorables en cuanto a la validez probatoria y la forma de liquidación, no obstante, que la misma Ley excluye su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensión, quebrantando el principio establecido en el art. 228 de la Carta Magna.

Finalmente indicó que los actos administrativos demandados, adolecen de vicios legales al haber violado normas de carácter superior, habiéndose incurrido en errores de derecho en sus distintas modalidades.

#### **1.1.4. Contestación de la demanda**

El apoderado del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Fiduciaria La Previsora S. A., se opuso a todas las pretensiones de la parte actora; frente a los hechos únicamente tuvo como cierto el primer hecho, frente al tercero, quinto y noveno dijo que eran parcialmente ciertos, frente al séptimo dijo no ser cierto, y frente a los demás adujo atenerse a lo que se pruebe.

Como argumentos de la defensa señaló que si bien el Decreto Ley 2277 de 1979 «antiguo estatuto docente», consagró un régimen especial para los educadores, en este no se reguló lo atinente a las pensiones de jubilación u ordinarias de esos servidores, de modo que en esa materia es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.

Citó lo dispuesto en el art. 15 de la Ley 91 de 1989, y las excepciones al régimen de transición aplicables a los afiliados al Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y al respecto citó el art. 279 de la Ley 100 de 1993.

Y concluyó que solamente los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del



régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por otra parte, en cuanto a los factores salariales incluidos en el IBL de la pensión de jubilación, dijo que si bien es cierto que sobre este tema existió una interpretación jurisprudencial expuesta por la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, en la que se determinó que el ingreso base de liquidación estaría conformado por todo aquello que constituyera salario, es decir aquellas sumas de dinero que percibiera el trabajador de manera habitual o periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé y que difieran de los enunciados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 por la cual se modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985; recientemente, a través de la sentencia de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado del día veintiocho (28) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Consejero Ponente Dr. CESAR PALOMINO CORTÉS, Rad. 52001-23-33-000-2012-00143-01; se reinterpreto la aplicación del régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 y se unificó jurisprudencia respecto a los factores salariales que se deben incluir en el Ingreso Base de Liquidación, así:

*“...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.*

*[...]*

*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 contra vía 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.”*

*(...)*

*Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en sala plena:*

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

*1. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la ley 33 de 1985, el período para liquidar la pensión es:*

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

*1. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para las pensiones de vejes de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.””*

Así las cosas, en aplicación del principio de solidaridad y de sostenibilidad del sistema de seguridad social, la segunda subregla resulta aplicable a los docentes beneficiarios de la Ley 33 de 1985, por lo que debe entenderse que los factores salariales que se deben incluir en el IBL de la pensión, son únicamente aquellos sobre los cuales efectivamente se hayan efectuados aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social, lo anterior, teniendo en cuenta que es la interpretación que más se ajusta al artículo 48 de la constitución política de Colombia.



De igual manera, vale la pena resaltar que la subregla que fijó la Sala Plena se apoyó en el Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

Corolario de lo anterior, concluyó que teniendo en cuenta que la vinculación de la demandante se produjo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, la normativa aplicable será la fijada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989; solo debió incluir en la resolución de reconocimiento pensional la asignación básica, en el entendido de que es el único factor sobre el cual efectuó aportes y que se encuentra enlistado en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, requisito previsto en la sentencia de SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019; por lo cual no es procedente la reliquidación pensional solicitada, toda vez que no efectuó aportes al sistema de seguridad social frente a los emolumentos pretendidos, así como tampoco se encuentran enlistados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985.

Por otra parte, con relación a la viabilidad de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales dijo que los descuentos realizados sobre las mesadas pensionales adicionales para financiar los servicios de salud de los docentes pensionados por FOMAG, que se vincularon al sector oficial educativo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, han venido siendo aplicados correctamente, pues hasta la expedición de dicha norma se estipuló la exclusión de los descuentos de salud en las mesadas pensionales adicionales. Por tal motivo, y tal como lo afirmó el Consejo de Estado, las disposiciones del régimen pensional especial y del sistema general de seguridad social en pensiones, no se pueden aplicar indiscriminadamente según favorezca los intereses del pensionado, atendiendo a la inescindibilidad de la norma.

A su vez, esta postura se encuentra respaldada en un pronunciamiento proferido recientemente por el consejo de estado en sede de tutela, al concluir que a pesar de que la Ley 812 de 2003 regule el monto de las cotizaciones a salud de quienes devengan pensión por cuenta del FOMAG, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas, tanto ordinarias como adicionales.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la accionante se vinculó como docente antes la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se puede colegir que de acuerdo a la pauta interpretativa fijada por la Sala de consulta y servicio Civil el Consejo de Estado, los descuentos efectuados sobre su mesada adicional de diciembre se encuentran ajustados a derecho.

Luego se refirió a la imposibilidad de percibir catorce mesadas pensionales, y sobre ello manifestó que con posterioridad a la expedición del acto legislativo 001 de 2005 se proscribió la posibilidad de obtener más de trece mesadas pensionales,



previéndose una salvedad, que en todo caso se encuentra limitada a una causación temporal, es decir, a que la persona perciba una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y que la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

Así, es claro que el reconocimiento de la mesada 14 solamente opera para aquellos pensionados que hayan causado su derecho antes de la entrada en vigencia del citado acto legislativo o en su defecto, a aquellos reconocimientos posteriores, siempre y cuando el beneficiario de dicha prestación perciba menos de tres salarios mínimos por mesada pensional.

Al respecto indicó que por medio de la Resolución No. 4764 del 14 de octubre de 2010 a la docente, le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, por los servicios prestados al Fomag desde el año 2010.

De lo anterior, se colige que al docente no le asiste el derecho a percibir simultáneamente pensión de jubilación y cualquier otra erogación económica, como quiera que tanto la constitución política, como el régimen prestacional aplicable a su caso, exponen textualmente la incompatibilidad de percibir doble erogación por parte del tesoro público; de igual modo, no hay vocación de prosperidad en lo que concierne al reconocimiento de la mesada catorce, en atención a que no se cumplen los lineamientos para su causación en los términos del Acto legislativo 001 de 2005.

Y propuso como excepciones:

- Presunción de legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad.
- Caducidad
- Prescripción
- Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido
- Genérica

Finalmente solicitó dar aplicación a las sentencias de unificación del 25 de abril de 2019, que teniendo en cuenta su naturaleza unificadora es de carácter obligatorio y vinculante, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda; negar las pretensiones de la demanda en cuanto a los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, pues se encuentran ajustados a la normativa vigente y a la jurisprudencia del Consejo de Estado; y solicitó se niegue la pretensión relativa al reconocimiento de la prima de mitad de año contenida en la Ley 91 de 1989, por cuanto se opone a las disposiciones del acto legislativo 001 de 2005.

Como pruebas solicitó tener en cuenta las portadas por la parte actora.

## **1.2. Trámite procesal**



La demanda fue radicada el 13 de noviembre de 2020 y repartida a este Despacho judicial el 17 del mismo mes y año.

Mediante proveído del 18 de mayo de 2021, se inadmitió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, a efectos de que la parte actora acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 35 de la Ley 2080 de 2021.

Una vez cumplido lo anterior, la demanda se admitió mediante auto del 12 de julio de 2021, mismo que se notificó personalmente el 23 de julio del mismo año.

Posteriormente, mediante providencia del 07 de junio de 2022 se tuvo por contestada la demanda, se advirtió que las excepciones de forma serían resueltas en la sentencia, se fijó el litigio, se negó el decreto de la prueba solicitada por la parte demandante, se incorporaron las pruebas aportadas con el libelo inicial, y se corrió traslado para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que, si a bien lo tenía, emitiera su concepto.

#### **1.2.1. Los Alegatos de conclusión.**

En el término concedido por el Despacho, la parte actora presentó su escrito de alegaciones, la entidad demandada guardó silencio y el Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

#### **1.2.2. Alegatos de la parte actora**

La apoderada de la parte actora se refirió a las disposiciones del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y al respecto dijo que la demandante fue vinculada con posterioridad al 01 de enero de 1981 por tanto no es acreedora de la pensión gracia y en ese sentido considero que le asiste el derecho a que le sea reconocida esta prima de medio año contemplada en la Ley 91 de 1989.

Además, dijo que el acto legislativo 01 de 2005 cuando suprimió la mesada 14 que se pagaba en junio y ordenó al respecto que se devengaría solo 13 mesadas, no estaba haciendo alusión a la prima de medio año contemplada en la ley 91 de 1989. La mesada 14 fue creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993, para pensionados cuya pensión no excediera de 15 salarios mínimos mensuales. Posteriormente el acto legislativo 01 de 2015 eliminó la mesada pensional manteniéndola vigente hasta el 2011 para quienes tuvieran una pensión de hasta 3 salarios mínimos. Quienes se hayan pensionado luego del 31 de julio de 2011 no tiene derecho a la mesada 14. Ahora bien, la mesada adicional de diciembre -mesada 13- fue establecida por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, esta mesada sigue vigente y actualmente es pagada.



Teniendo en cuenta lo anterior se puede apreciar que si bien es cierto el acto legislativo ordena que sean pagaderas solo 13 mesadas anuales lo cierto es que suprimió fue la mesada 14 creada por la Ley 100 de 1993 por tanto nada tiene que ver con la prima de medio año que se solicita en la actualidad y de la cual son acreedores los docentes vinculados con posterioridad al 01 de enero de 1981 ordenada en la Ley 91 de 1989.

### **1.2.3 Alegatos de conclusión de la entidad demandada**

Pese a estar debidamente notificada por estado, la entidad demandada guardó silencio.

### **1.2.4 Concepto del Ministerio Público**

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Problema jurídico**

De conformidad con la fijación del litigio planteada en el auto del 07 de junio de 2022, el problema jurídico se contrae a determinar i) si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada reajuste la pensión de jubilación en el sentido de incluir en la liquidación todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; ii) si es procedente que se suspendan los descuentos efectuados para salud sobre las mesadas adicionales y proceda a reintegrar las sumas descontadas hasta la fecha por el mismo concepto con la respectiva indexación; y iii) si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la prima de medio año establecida en el art. 15 de la Ley 91 de 1989.

### **2.2. De lo acreditado en el proceso**

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

**2.2.1.** Resolución No. 4764 del 14 de octubre de 2010 por medio de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá D. C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a la demandante la pensión de jubilación por aportes. (Archivo 01 fl. 45-47)

**2.2.2.** Resolución No. 5319 del 12 de junio de 2019, por medio de la cual la Secretaría de Educación del Distrito – Dirección de Talento Humano, ajustó la pensión de



jubilación por aportes a la demandante; y constancia de notificación personal (Archivo 01 fl. 49-53).

**2.2.3.** Derecho de petición radicado ante la Secretaría de Educación de Bogotá de fecha 24 de febrero de 2020 radicado No. E-2020-30212, por medio del cual la demandante solicitó la revisión y ajuste de la pensión de jubilación por aportes, y el reconocimiento y pago de la prima de medio año. (Archivo 01 fl.55-61)

**2.2.4.** Resolución 1857 del 09 de marzo de 2020 por medio de la cual la Secretaría de Educación del Distrito – Dirección de Talento Humano negó el ajuste a la pensión de jubilación por aportes de la demandante. (Archivo 01 fl. 63-67).

**2.2.5.** Derecho de petición radicado ante la Secretaría de Educación de Bogotá de fecha 24 de febrero de 2020 radicado No. E-2020-30225, por medio del cual la demandante solicitó se efectúen los descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales. (Archivo 01 fl. 69)

**2.2.6.** Oficio con radicado No. S-2020-35297 del 26 de febrero de 2020 por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá resuelve la solicitud de descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales. (Archivo 01 fl.71-72)

**2.2.7.** Derecho de petición radicado ante la Fiduciaria La Previsora S. A. de fecha 03 de diciembre de 2018 radicado No. 20180323599942, por medio del cual la demandante solicitó constancia de pagos y descuentos realizados, y reintegro de los mismos. (Archivo 01 fl. 73)

**2.2.8.** Extracto de pagos emitido por la Fiduciaria La Previsora S. A. (Archivo 01 fl. 77-80).

### **2.3 Régimen pensional aplicable a la demandante**

La **Ley 91 de 1989**, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dispuso en el artículo 15 que “*Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes*”.

Posteriormente, la **Ley 100 de 1993**, en su artículo 279, consagró las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social, así:

**“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 exceptúa 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 en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)” (Negrilla del Despacho)*

Por su parte, la **Ley 812 de 2003**, en su artículo 81, inciso 2º, dispone que: *“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”.*

La anterior norma fue reglamentada en el **Decreto 3752 de 2003**, que en su artículo 3º prevé: *“la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente (...)”*

Así las cosas, como la demandante inició sus cotizaciones al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el **25 de octubre de 1991**, esto es, antes del año 2003, no le es aplicable la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, el régimen pensional que le cubre es el dispuesto en la Ley 33 de 1985, pues en esta materia, los docentes no gozan de ninguna especialidad en su tratamiento<sup>1</sup>, ya que la Ley 812 de 2003 remite a las disposiciones que regían con anterioridad y las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, no consagraron un régimen especial en pensiones de jubilación.

Aclarado lo anterior, tenemos que la **Ley 33 de 1985**, dispuso en su artículo 1º, que el empleado oficial que sirva, o haya servido, veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

---

<sup>1</sup> Al respecto, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, en sentencia del veintitrés (23) de febrero de 2006, M.P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante, Radicación Interna No. 1406-04.



Ahora, la **Ley 62 de 1985**, “*Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985*”, en su artículo 1º, dispone:

**“Artículo 1º.** *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de previsión deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional:*

*Asignación Básica,*

*Gastos de Representación*

*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 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***”. (Destacado fuera de texto original).

Sin embargo, si el docente no reúne los 20 años al servicio del sector público exigidos por dicha norma, hay otro régimen que permite acumular aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, es el previsto la **Ley 71 de 1988 que creó la que se denomina << *pensión por aportes* >>** y exige para su reconocimiento 20 años de servicios tanto al sector público como al privado y 55 años de edad para mujeres o 60 años de edad para hombres.

De otro lado, sobre **los docentes oficiales**, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de unificación de 25 de abril de 2019<sup>2</sup>, definió las reglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en la pensión ordinaria de jubilación y vejez de los

---

<sup>2</sup> Sentencia de unificación - Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Consejero Ponente: César Palomino Cortés – Expediente No.680012333000201500569-01, N.º Interno 0935-2017. Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag -



docentes oficiales afiliados al FOMAG, precisando en primer término que si bien la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, no constituye precedente frente al régimen pensional del magisterio, lo cierto es que resulta imperioso tener en cuenta la *segunda subregla* allí contenida relativa a los factores que se deben incluir en el IBL para determinar la mesada pensional a la luz de la Ley 33 de 1985, 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.”*** (Destacado fuera del texto original)

Por consiguiente, la Corporación sentó jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, así:

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

Aunado a lo visto, el máximo Tribunal señaló que los efectos de la sentencia de unificación, constituye precedente vinculante y obligatorio y se debe acatar en forma retrospectiva, es decir, en todos los casos pendientes de solución sea en vía judicial o administrativa, sin que sea posible invocar el principio de igualdad.

En este orden de ideas, es claro que la liquidación de la pensión de la actora, conforme a la Ley 33 de 1985, debía hacerse en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que **sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios o del estatus pensional.**

En este punto, advierte el Despacho que a la demandante se le liquidó su pensión de jubilación con el 75% de la asignación básica mensual y la prima de vacaciones; sin embargo, pretende en esta oportunidad que se incluyan todos los factores salariales devengados, emolumentos respecto de los cuales no acreditó haber realizado aportes para pensión, razón por la que se negarán las pretensiones de la demanda, en este aspecto. Ahora bien, en gracia de discusión, si la demandante tuviese algún factor sobre el cual cotizó y que no se hubiese tenido en cuenta, no lo acreditó en el plenario, ni tampoco lo solicitó en esos términos en las pretensiones de la demanda.



## 2.4 El acto acusado y el silencio administrativo

El silencio administrativo es efecto de la demora de la administración para resolver las solicitudes, reclamaciones y recursos que ante ella se han formulado; la ley ha establecido unos precisos términos para que esa ficción legal opere y la jurisprudencia distingue dos clases de silencio administrativo, a saber: i) el negativo, en el que transcurrido el plazo legal, la petición se entiende desestimada y ii) el positivo, en el que ante la omisión, la reclamación se considera que ha sido resuelta favorablemente.

La Ley 1437 de 2011 ha fijado términos distintos, ya sea que se trate de simples reclamaciones en ejercicio del derecho de petición en interés individual, o de la interposición de recursos para agotar la vía administrativa. En efecto, el artículo 83 del CPACA, señala:

*“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.”* (Subrayado del Despacho)

En el presente proceso se encuentra probado que la demandante solicitó ante la **Secretaría de Educación de Bogotá el 24 de febrero de 2020** la revisión y ajuste de la pensión de jubilación por aportes, y el reconocimiento y pago de la prima de medio año prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989; sin embargo, la entidad a través de resolución 1857 del 09 de marzo de 2019 resolvió de fondo solo la pretensiones relacionada con la reliquidación pensional, pero guardó silencio en torno a la prima de medio año, razón por la cual, respecto de esta última al haber transcurrido más de tres (3) meses, desde la fecha de presentación de la solicitud, sin obtener respuesta clara y definitiva, se tiene por configurado el referido acto ficto o presunto negativo.

Asimismo, con relación a la **petición presentada el 03 de diciembre de 2018** ante la Fiduciaria La Previsora S. A., mediante la cual la demandante solicitó constancia de pagos y descuentos realizados; se profiera acto administrativo ordenando el reintegro de la sumas descontadas por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales; y que se suspenda el descuento para salud sobre estas mesadas; la Entidad demandada únicamente se refirió en relación a las constancias solicitadas, frente a lo demás guardó silencio, razón por la cual, al haber transcurrido más de tres (3) meses, desde la fecha de presentación de la solicitud, sin obtener respuesta clara y definitiva, se tiene por configurado el referido acto ficto o presunto negativo.



## **2.5 Normativa y jurisprudencia aplicable al reconocimiento de la prima de medio año**

El literal b del numeral 2º del Artículo 15 de la Ley 91 de 1989 estableció una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, para los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1981, y los docentes, sin distinción del tipo de vinculación, que ingresen a partir del 1º de enero de 1990.

Mientras que, por su parte, la Ley 100 de 1993<sup>3</sup>, en su artículo 142, dispuso el reconocimiento y pago de la mesada adicional del mes de junio para los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, correspondiente a 30 días de la pensión que le corresponda.

Sin embargo, el artículo 279 de la referida Ley 100 excluyó de su aplicación a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio, pese a lo anterior, el Legislador decidió extender el beneficio de la mesada catorce a los pensionados exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, razón por la que a través de la Ley 238 de 1995, adicionó el artículo 279 de la referida Ley 100, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 10. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:*

*"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.*

Es decir que, a partir de la expedición de la Ley 238 de 1995, se extendió el beneficio consagrado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 o mesada catorce, a quienes estaban excluidos de sus disposiciones, entre otros, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-461 de 1995, al revisar la constitucionalidad del inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se exceptúa de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, precisó como problema jurídico determinar si la exclusión de los afiliados al FOMAG de la aplicación de la Ley 100 de 1993 incluye la mesada adicional consagrada en el artículo 142 *ejusdem* y frente a ello concluyó que:

---

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



1. El establecimiento de regímenes especiales debe garantizar un nivel de protección igual o superior que justifique el tratamiento diferenciado frente a aquel que se otorga para la generalidad del sector.
2. La mesada adicional prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 tiene como finalidad compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones por razón de la inflación.
3. Teniendo en cuenta la finalidad de dicha mesada adicional, la misma se equipara con la prevista para los docentes en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
4. Entonces, los docentes que son **acreedores de pensión gracia** y los que fueron vinculados con posterioridad **al 1 de enero de 1981** tienen un beneficio asimilable a la mesada adicional de junio prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y es la mesada de junio prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues existe equivalencia entre ellas.
5. Mientras que, aquellos docentes vinculados antes del 1 de enero de 1981 **que no son acreedores de la pensión gracia**, no son beneficiarios de la mesada adicional de junio prevista en la Ley 91 de 1989, razón por la cual para ello resulta aplicable el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, para el Despacho es claro que **la mesada adicional de junio prevista en la Ley 91 de 1989, tiene los mismos efectos y es asimilable a la mesada adicional de junio creada por la Ley 100 de 1993**, razón por la cual no resulta procedente que un docente devengue dos mesadas adicionales en el mes de junio, pues dependiendo de su fecha de vinculación y de ser o no beneficiario de la pensión gracia, puede acceder a una de ellas.

Sumado a lo anterior, no puede perderse de vista que, el derecho a percibir la mesada adicional se vio limitado por el **Acto Legislativo 01 de 2005**<sup>4</sup>, el cual estableció que, las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de su entrada en vigencia no podrán devengar más de 13 mesadas pensionales al año, excepto para aquellas personas que perciban una mesada pensional inferior a 3 SMLMV, siempre y cuando la prestación se cause antes del 31 de julio de 2011, quienes devengarán 14 mesadas.

Respecto del límite impuesto por la Norma Constitucional a la mesada adicional, el Consejo de Estado<sup>5</sup>, analizó que:

---

<sup>4</sup> Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política

<sup>5</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto emitido el 22 de noviembre de 2007, con ponencia del consejero Enrique José Arboleda Perdomo, bajo el radicado 11001030600020070008400.



1. La norma tuvo por finalidad introducir como principio la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social.
2. Aunque, en principio, se propuso para aquellas pensiones **reconocidas** a partir de su entrada en vigencia, esta propuesta encontró reparos y concluyó que la prohibición debía quedar condicionada a **la causación del derecho y no al reconocimiento**, bajo el entendido que todos los requisitos, incluso el límite de 3 SMLMV debía cumplirse con anterioridad al 31 de julio de 2011.
3. <<De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005<sup>6</sup>, **“las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios”** (Resaltado fuera de texto).

Ahora bien, múltiples han sido los pronunciamientos de juzgados y tribunales administrativos frente al reconocimiento de la prima de medio año prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 aquí reclamada, en los cuales se ha concluido que al equipararse con la mesada adicional prevista en la Ley 100 de 1993 se encuentra amparada por el límite impuesto a través del Acto Legislativo 01 de 2005 y, por tanto, han negado las pretensiones de la demanda; algunos de esos pronunciamientos han sido objeto de análisis por el Consejo de Estado, a través de acciones de tutela, el cual ha concluido que dicha interpretación no configura un defecto fáctico o sustantivo; por traer un ejemplo, vale la pena citar lo dicho en sentencia del 24 de marzo de 2022<sup>7</sup>:

*<<Por lo demás, la Sala aclara que el anterior planteamiento jurídico constituye el criterio jurídico imperante en esta Subsección, el cual ha sido plasmado, entre otras, en la sentencia de 25 de abril de 2019 (C.P. César Palomino Cortés)<sup>8</sup>, providencia en la cual se analizó una situación semejante a la de la accionante.*

*En ese orden, se considera que no asiste razón a la señora Muñoz González, toda vez que, las mesadas contenidas en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y 142 de la Ley 100 de 1993, a pesar de tener como fundamento diferentes fuentes legales y aun cuando su ámbito de aplicación varía ostensiblemente; por expresa disposición jurisprudencial, resultan equiparables y, por tanto,*

<sup>6</sup> Diario Oficial No. 45.980

<sup>7</sup> Sección Segunda, Subsección B, sentencia proferida dentro de la acción de tutela 11001031500020220121600, con ponencia del consejero César Palomino Cortés.

<sup>8</sup> Radicado: 05001-23-31-000-2011-01551-01 (0319-2014); Demandante: Martha Ruth Henao Arbeláez; Demandado: CAJANAL EICE y otro.



*su aplicación está sometida a los mismos criterios jurídicos.*

*Así las cosas, la Sala considera que no existe una analogía indebida en cuanto a la aplicación de la norma, toda vez que, según lo expuesto, a más de la autonomía propia del juez, existe un pronunciamiento de constitucionalidad, que ciertamente constituye un precedente de obligatoria observancia, para la resolución de los eventos surgidos con base en situaciones semejantes a los de la actora.*

(...)

*Asimismo, la lectura de la providencia censurada no permite a la Sala concluir que el análisis jurídico contenido resulte contrario a derecho, o bien, sea caprichoso o arbitrario, contrario a ello, se concluye que la providencia tuvo como fundamento la norma, cuyo análisis debía hacerse conforme con lo señalado por la jurisprudencia constitucional, como en efecto se plasmó en la sentencia atacada>>.*

Entonces, bajo este contexto normativo y jurisprudencial, procederá el Despacho a analizar más adelante el caso concreto de la demandante frente a este aspecto.

## **2.6 Normativa y jurisprudencia aplicable en materia de descuentos para salud sobre las mesadas pensionales.**

Como lo había dispuesto la Ley 4ª de 1966<sup>9</sup>, la obligación de cotizar un 5% de la mesada pensional con destino a la Caja Nacional de Previsión Social fue reiterada de manera más precisa por el Decreto 3135 de 1968<sup>10</sup>, en su artículo 37, así:

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

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

Luego, mediante Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968 citado, se desarrolló la prestación asistencial, traducida ésta en servicios médicos y

---

<sup>9</sup> <<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>>

<sup>10</sup> <<Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales>>.



otros, indicando que el descuento debía realizarse sobre cada mesada pensional, de la siguiente manera:

<< **Artículo 90. Prestación asistencial.**

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

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

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

El monto de la cotización tantas veces señalada, fue incrementado a partir de la Ley 100 de 1993<sup>11</sup>, a un 12%, el cual con la adición que le introdujera la Ley 1250 de 2008<sup>12</sup>, se ratificó para los pensionados en el mismo porcentaje **sobre la mesada pensional percibida**.

Ahora, conviene precisar lo atinente a las mesadas adicionales; éstas sólo fueron reguladas a partir de la Ley 4<sup>a</sup> de 1976<sup>13</sup>, cuyo artículo 5<sup>o</sup>, estipuló inicialmente, la pagadera en el mes de diciembre a los pensionados de cualquier orden y la de junio se crea con el artículo 142 la Ley 100 de 1993, dentro del Sistema de Seguridad Social.

Respecto a los pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tiene que la Ley 91 de 1989, que lo creó, en su artículo 8<sup>o</sup>, de igual manera estableció como fuente de sus ingresos, el 5% de cada mesada pensional devengada por su beneficiario, incluyendo las adicionales. Sin embargo, el porcentaje indicado en virtud de lo dispuesto por la Ley 812 de 2003<sup>14</sup>, sería el que determinarían las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir, un 12%, porcentaje que finalmente, fue corroborado por la Ley 1250 de 2008, para los pensionados.

<sup>11</sup> Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

<sup>12</sup> Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un párrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6 de la Ley 797 de 2003

<sup>13</sup> por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones

<sup>14</sup> Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario>>



A pesar de lo anterior, a través de la Ley 43 de 1984<sup>15</sup>, mediante su artículo 5º, había establecido la imposibilidad de disponer el descuento sobre la mesada adicional de diciembre, para sufragar el costo de la prestación asistencial atrás precisada. Ésta prohibición fue reiterada por el Decreto Reglamentario 1073 de 2002, cuerpo normativo que desarrolló algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media.

Frente a la mesada adicional de junio la Sección Segunda del Consejo de Estado se pronunció mediante sentencia de fecha 03 de febrero de 2005, donde lo declaró nulo, al vislumbrar que el Gobierno se había excedido en su potestad reglamentaria, en tanto que no había norma legal que lo impidiera, a diferencia de la pagadera en el mes de diciembre<sup>16</sup>.

La misma Corporación en su Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>17</sup>, había considerado improcedentes los descuentos aludidos:

*<<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 anterior, los descuentos en salud únicamente operan para las mesadas ordinarias y no para las mesadas adicionales, por la nulidad de la norma que lo permitía en la mesada de junio, y por norma que prohíbe hacerlo para la mesada de diciembre.

Bajo los argumentos expuestos, esta Sede Judicial venía accediendo a las pretensiones en las demandas en las que se reclamaba la suspensión y reintegro de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre; sin embargo, comoquiera que, la posición no fue unánime en la jurisdicción, **el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación el pasado 3 de junio de 2021**<sup>18</sup> y estableció la siguiente:

---

<sup>15</sup> 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>>

<sup>16</sup> Sentencia Consejo de Estado de 3 de febrero de 2005. C. P. Ana Margarita Olaya Forero, proferida dentro del proceso No. 110010325000200200163.

<sup>17</sup> Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

<sup>18</sup> Sección segunda, proferida dentro del proceso con radicado No. 66001333300020150030901, con ponencia del consejero William Hernández Gómez.



## <<2. REGLA DE UNIFICACIÓN

**86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales>> (Resaltado por el Despacho).**

Además, precisó dicha Corporación que, la regla jurisprudencial fijada **aplica para todos los casos pendientes de solución, tanto en vía administrativa, como judicial**, salvo aquellos en los cuales haya operado la cosa juzgada.

### 2.7 Caso concreto

En este punto, advierte el Despacho que a la demandante se le liquidó su pensión de jubilación con el 75% de la asignación básica mensual y la prima de vacaciones; sin embargo, pretende en esta oportunidad que se incluyan todos los factores salariales devengados, emolumentos respecto de los cuales no acreditó haber realizado aportes para pensión, razón por la que se reitera que sobre este aspecto se negarán las pretensiones de la demanda; aunado a ello, si la demandante tuviese algún factor sobre el cual cotizó y que no se hubiese tenido en cuenta, no lo acreditó en el plenario, ni tampoco lo solicitó en esos términos en las pretensiones del líbello inicial.

De otro lado, está demostrado en el proceso que la demandante inició sus cotizaciones al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 25 de octubre de 1991, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 - 26 de junio de 2003; además que mediante resolución No. 4764 del 14 de octubre de 2010 se le reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación por aportes, con efectos a partir del 24 de marzo de 2010.

Por su fecha de vinculación, en principio, la demandante podría ser beneficiarios de la prima de medio año prevista en el literal b del numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que la consagró para aquellos docentes que, sin distinción del tipo de vinculación, ingresaron a partir del 1° de enero de 1990.



Sin embargo, como quiera que consolidó el estatus pensional después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se debe analizar si se encuentra cobijada por las excepciones que allí se consagran para devengar 14 mesadas.

**1. Que la prestación se haya causado antes del 31 de julio de 2011:**

Se cumple, toda vez que, como se dijo líneas atrás, consolidó su estatus pensional el 24 de marzo de 2010 y le fue reconocida la prestación mediante la Resolución 4764 del 14 de octubre de 2010.

**2. Que la mesada pensional sea inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes**

Al respecto cabe precisar que inicialmente la pensión de jubilación por aportes fue reconocida a la demandante por un valor de \$1.581. 141.00; sin embargo, mediante la Resolución No. 5319 del 12 de junio de 2019 se ajustó el valor de dicha prestación a \$ 1.588. 140.00.

Así las cosas, se tiene que la demandante no cumple con este requisito, pues para el año 2010, los 3 SMLV equivalen a la suma de \$1.545.000, mientras que la mesada pensional de la demandante fue calculada en \$1.588. 140.00.

Entonces como quiera que la demandante no cumple con las condiciones para ser exceptuada del límite impuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, no resulta procedente acceder al reconocimiento y pago de la prima de medio año, sin embargo, se debe precisar que la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado bajo el radicado SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, estableció reglas de unificación para determinar el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes y después de la Ley 812 de 2003, pero **no unificó criterios** frente al reconocimiento de la prima de medio año o mesada adicional aquí reclamada.

Por otro lado, está acreditado que la demandante devenga pensión de jubilación por aportes por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá D. C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; que percibe mesada adicional en el mes de diciembre y para dicha mensualidad el descuento para salud correspondía al doble de lo que se le descuenta sobre las mesadas ordinarias.

Sin embargo, comoquiera que el Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en torno al tema, se impone para esta Sede Judicial el deber de **negar las pretensiones de la demanda**, toda vez que con la nueva interpretación resultan improcedentes los reclamados descuentos; así mismo, se precisa que, conforme a lo señalado en la misma sentencia, dicha interpretación resulta aplicable al caso



concreto por tratarse de una controversia que se encuentra pendiente de resolución en sede judicial.

## 2.8 Condena en costas y agencias en derecho

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA<sup>9</sup>, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse.

Para ello se advierte que, si bien, en el presente asunto la parte vencida es el extremo activo, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 367 del CGP<sup>19</sup> y el numeral 8° del artículo 365<sup>20</sup> del mismo estatuto, estas deben ser tasadas y liquidadas de acuerdo con criterios **verificables** y solo habrá lugar a ellas **cuando aparezcan causadas y en la medida de su comprobación**, y en el presente asunto, no se demostró su causación, por lo que, no se condenará en costas a la parte vencida.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022<sup>21</sup>, en la cual no condenó en costas, por las siguientes razones:

<<No procede la condena en costas, pues conforme con el artículo 188 del CPACA, en los procesos ante esta jurisdicción, la condena en costas, que según el artículo 361 del C.G.P. incluye las agencias en derecho, se rige por las reglas previstas el artículo 365 del Código General del Proceso, y una de estas reglas es la del numeral 8, según la cual “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, requisito que no se cumple en este asunto>>.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA

**PRIMERO: DECLARAR** configurado el acto ficto negativo originado por el silencio de la administración frente a la petición presentada el 24 de febrero de 2020 ante la Secretaría de Educación de Bogotá con radicado No. E-2020-30212, en

---

19 <<Artículo 361. Composición Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes>>.

20 Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>.

21 Sentencia proferida por la Sección Cuarta, con ponencia del consejero Milton Chaves García, dentro del proceso con radicado No. 73001233300020190037301.



relación con el reconocimiento y pago de la prima de medio año; así como también el acto ficto negativo frente a la petición presentada el 03 de diciembre de 2018 ante la Fiduciaria La Previsora S. A. con radicado No. 20180323599942, de conformidad a las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

**TERCERO: SIN CONDENA** en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

**CUARTO: REMITIR** copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del CPACA, modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos: [notjudicial@fiduprevisora.com.co](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co); [procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co](mailto:procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co); [t\\_jocampo@fiduprevisora.com.co](mailto:t_jocampo@fiduprevisora.com.co); [notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co); [notificajuridicased@educacionbogota.edu.co](mailto:notificajuridicased@educacionbogota.edu.co); [colombiapensiones1@gmail.com](mailto:colombiapensiones1@gmail.com); [abogado23.colpen@gmail.com](mailto:abogado23.colpen@gmail.com); [colombiapensiones1@hotmail.com](mailto:colombiapensiones1@hotmail.com);

**QUINTO:** Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.

**SEXTO:** Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO**

**Juez**

SCC

Firmado Por:

Maria Cecilia Pizarro Toledo

Juez

Juzgado Administrativo

009

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **6828897416840afd0ff14d4e9e4a667fd36f379f859754489d4701c010da0b00**

Documento generado en 13/03/2023 11:34:00 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**