REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

EXPEDIENTE N°.:	**11001-33-42-046-2016-00263-00**
DEMANDANTE:	**BERTHA LEONOR SOLER DE PÉREZ**
DEMANDADO:	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – Y OTRO.**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora BERTHA LEONOR SOLER DE PÉREZ, identificada con C.C. N°. 23.546.236 expedida en Duitama (Boyacá), a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA -, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda de formularon las siguientes:

"PRIMERO: Solicito que se declare la NULIDAD de la Resolución N°. 01759 del 31 de Marzo de 2015; 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 niega la revisión de una pensión de jubilación y el reintegro y suspensión de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año.

SEGUNDO: Solicito que se declare la nulidad del Oficio N°. 2014EE00019119 del 31 de Marzo de 2014; proferido por el Director de Afiliaciones y Recaudo – Fiduciaria la Previsora S.A., por medio del cual se niega el reintegro y suspensión de los valores descontados en exceso para la salud en las mesadas adicionales de cada año.

TERCERO: Solicitó que como consecuencia de la declaratoria de NULIDAD de la resolución N°. 01759 del 31 de Marzo de 2015, y la NULIDAD del Oficio N°. 2014EE00019119 del 31 de Marzo de 2014, proferidos por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria La Previsora S.A., respectivamente, 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., a proferir el acto administrativo que RECONOZCA Y PAGUE a favor de mi poderdante:

3.1 La Reliquidación de la pensión jubilación, para que sea liquidada con un IBL del 85% que incluya todas las cotizaciones que mi representada realizó al sistema integral de pensiones en los últimos diez (10) años anteriores al retiro del servicio, calculando el IBL conforme a lo establecido en el régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993.

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

3.3 Ordenar a las entidades demandada SUSPENDER los descuentos por Seguridad Social (salud) sobre las mesadas pensiónales 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 que se le reconoció está pensión, descontando lo que se le haya cancelado.

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

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

1.1.2 Fundamento fáctico

Como sustento de las pretensiones propuestas, la demandante formula los siguientes hechos:

"PRIMERO: Mi representada BERTHA LEONOR SOLER DE PÉREZ, nació el día 04 de Agosto de 1948, laboró al servicio del Estado desde el 12 de Marzo de 1974 hasta el día 04 de diciembre de 2013.

(...)

SEGUNDO: Mi poderdante solicito a la entidad demandada FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO la pensión de jubilación, que le fue reconocida por parte de éste fondo y liquidada con un IBL del 75% de las cotizaciones del último año anterior a su status pensional. No se le tuvo en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición pensional.

TERCERO: Desde el primer pago de mesadas de la pensión de jubilación, a mi poderdante se le vienen efectuando descuentos para EPS (salud), sobre las mesadas adicionales, esto sin que exista una norma vigente que así lo ordene en tanto las leyes que rigen la Seguridad Social como en el régimen especial que gobierna las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

CUARTO: Mediante derecho de petición mi poderdante solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C., entidad demandada, la reliquidación del acto administrativo que le reconoció la pensión de jubilación, a efectos de que se le liquidará la pensión reconocida con un IBL liquidado conforme al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el reintegro del valor descontado en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la pensión y su respectiva suspensión a partir del nuevo acto administrativo.

QUINTO: Con el fin de resolver la petición referida en el hecho anterior la entidad demandada profirió la resolución N°. 1759 del 31 de mayo de 2015; por medio del cual se niega la revisión de una pensión de jubilación.

SEXTO: Mediante derecho de petición mi poderdante solicitó ante la Fiduciaria La Previsora S.A., entidad demandada, el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

SÉPTIMO: El representante de la Fiduciaria la Previsora S.A. – Oficina Regional Bogotá, con el fin de resolver la petición referida en el hecho anterior, profirió el Oficio N°. 2014EE00019119 del 31 de Marzo de 2014, por medio del cual NIEGA el reintegro y suspensión de los valores descontados en exceso para salud a mi poderdante.".

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política.

De orden Legal: ley 91 de 1989, Ley 100 de 1993, Ley 238 de 1995, Decreto 1073 de 2002, Ley 812 de 2003.

1.1.4 Concepto de violación

El apoderado de la parte actora, considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, por cuanto el acto demandado negó la reliquidación en cuantía equivalente al 85% del promedio de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los diez últimos años de servicio, siendo está, a juicio de la demandante, la manera correcta para liquidar la referida prestación. Igualmente, indica que la entidad demandada desde el reconocimiento de la pensión de jubilación, viene efectuando descuentos por concepto de aportes para salud sobre las mesadas adicionales, sin tener sustento normativo para ello.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag – y la Fiduciaria la Previsora – Fiduprevisora – en memoriales visibles a folios 86 a 93 y 52 a 60, respectivamente, contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por cuanto, la cotización que deben hacer los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponde a la establecida en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y debe realizarse sobre cada mesada generada.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, decretó las pruebas

que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar.

1.2.3. Audiencia de pruebas.

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente, y decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, se dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante: En memorial visible a folios 162-165, el apoderado de la parte actora, reiteró los fundamentos de derecho contenidos en la contestación de la demanda.

La **Parte demandada** y el Agente **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, en el caso *sub examine* se contrae a determinar *La controversia suscitada se origina a determinar la legalidad de la Resolución N°. 1759 de 31 de marzo de 2015, a través de la cual la entidad demandada negó a la accionante un reajuste sobre la pensión de jubilación que percibe y el reintegro de los valores descontados en exceso de las mesadas adicionales por concepto de aportes a salud, así como la suspensión de dichas deducciones.*

Luego el problema jurídico se contrae a establecer si la señora BERTHA LEONOR SOLER DE PÉREZ, tiene o no derecho a que se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el 85% de los factores que sirvieron como base de cotización durante los últimos diez años anteriores a la fecha de retiro del servicio, así como también a que se ordene la devolución de los descuentos realizados sobre las mesadas adicionales y las suspensión de los mismos.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- Mediante Resolución N°. 08200 de 29 de diciembre de 2003[1], el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación a la señora Bertha Leonor Soler de Pérez, efectiva a partir del 05 de agosto de 2003, fecha de adquisición del estatus pensional. En dicho acto administrativo de reconocimiento pensional, el FOMAG tuvo en cuenta para efectos de liquidar el 75% del promedio de los salarios (asignación básica) percibidos en el año anterior al cumplimiento de la fecha de status de pensionado.

- La pensión de jubilación reconocida a la demandante fue ajustada mediante resolución N°. 001191 del 03 de marzo de 2008, elevando la cuantía a la suma de $ 1.276.048 (considerando N° 3 de la resolución N°. 1759 de 31 de marzo de 2015).

- Posteriormente, en cumplimiento de un fallo judicial, la entidad demandada, a través de la resolución N°3388 de 05 de julio de 2013, reliquidó la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta para liquidar el IBL, todos los factores salariales devengados por aquella en el año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional, es decir, la asignación básica, la prima de alimentación, la prima especial, la prima de vacaciones y la prima de navidad (considerando N° 4 de la resolución N°. 1759 de 31 de marzo de 2015).

- La demandante, el día 28 de febrero de 2014, presentó derecho de petición ante la Fiduciaria La Previsora S.A., a través del cual solicitó el la suspensión

[1] Folios 2-3.

de los descuentos efectuados por concepto de aportes a la salud sobre las mesadas adicionales, y el consecuente reintegro de los valores que se hubieren deducido por ello. (folio 12).

- La Fiduciaria La Previsora S.A., mediante Oficio de 2014EE00019119 de 31 de marzo de 2014, resolvió en forma desfavorable la petición presentada por la demandante (folios 13-14).

- El día 20 de enero de 2015, la señora Bertha Leonor Soler de Pérez presentó derecho de petición ante la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo de Prestaciones Sociales – derecho de petición, en el cual pretendió se le reliquidara la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 85% del promedio de lo devengado durante los últimos diez años anteriores a la fecha de adquisición del status pensional (folios 7-10). Igualmente, solicitó la suspensión de los descuentos efectuados por concepto de aportes a la salud sobre las mesadas adicionales, y el consecuente reintegro de los valores que se hubieren deducido por ello.

- La entidad demandada mediante resolución N°. 1759 de 31 de marzo de 2015[2], resolvió de manera desfavorable la petición de la demandante, para lo cual indicó que Fiduciaria la Previsora negó la reliquidación de la pensión que percibe la señora Bertha Leonor Soler de Pérez.

- A folios 15 a 21 del expediente, obran comprobantes de nómina y de pagos de la pensión que percibe la señora Bertha Leonor Soler de Pérez. Asimismo, a folios 22 a 25 del plenario, obra certificados de salarios percibidos por la demandante durante los años 1995 a 2003.

2.3 Marco Normativo y jurisprudencial.

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

[2] Folios 7-11.

2.3.1 Régimen Pensional Docente

En cuanto al régimen pensional de los docentes, se debe precisar que el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, establecía que los docentes que prestaban sus servicios a entidades de orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal eran empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales pues tenían la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5º), además podían gozar de la pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso pensión gracia y pensión de invalidez, sin embargo, esto no implica que cuenten con un régimen especial de pensiones de jubilación.

Las Leyes 91 de 1989, Ley 100 de 1993 (Art. 279), Ley 60 de 1993 (Art. 6) y Ley 115 de 1994, (Art.115), han mantenido estas prerrogativas a favor de los educadores, de donde se concluye que cuentan con aspectos preferenciales en materia salarial y prestacional.

No obstante, en materia de pensión ordinaria de jubilación están sometidos a las disposiciones generales porque no se ha establecido un régimen especial que, en razón a la actividad docente, les permita acceder a esta prestación en condiciones especiales respecto a edad, tiempo de servicio y monto de la mesada.

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado[3] en sentencia de 10 de septiembre de 2009, en la cual puntualizó:

> *"(...)*
> *Sin embargo,* ***en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento*** *de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que* ***no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.***
>
> *Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las* ***pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición****, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el*

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

actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria.
(...) (Negrita del Despacho).

De lo anterior, se concluye que los docentes a pesar de ser servidores públicos con prerrogativas especiales en materia salarial y prestacional, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación, por ello, se les aplica el régimen pensional de los servidores públicos, como lo señaló el H. Consejo de Estado, de tal manera, que se concluye que el régimen pensional de los docentes, dependerá de las circunstancias de vinculación del educador (territorial, nacional o nacionalizado) y el régimen pensional vigente al momento de consolidar el status.

Analizada la anterior normativa y bajo la observancia del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es imperioso concluir que la pensión de jubilación de los docentes nacionalizados está sometida a la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, toda vez que estas normas generales y ordinarias unificaron el régimen de pensión de jubilación de todos los servidores públicos del Estado, modificaron el régimen también ordinario del Decreto 3135 de 1968 en forma expresa y las disposiciones del Decreto 1045 de 1978; y con anterioridad no se había previsto régimen de pensiones especial para los docentes, distinto a la pensión gracia que no cobija a los docentes nacionales.

No obstante lo anterior, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003[4], previó que los docentes que se vincularan a partir de su vigencia deberían someterse al régimen pensional de prima media establecidos en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, para lo cual deberá cumplirse todos los requisitos allí establecidos, salvó la edad, la cual será de 57 años para hombres y mujeres.

Así, se advierte que los docentes vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), mantienen el régimen pensional establecido en las leyes 81 de 1989 concordante con las leyes 33 y 62 de 1985, mientras que los que se vincularen con posteridad a aquella, su régimen pensional sería el contenido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

---

[4] **Artículo 81.** Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. *Régimen prestacional de los docentes oficiales.* El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (...)

2.3.2 De la reliquidación pensional – Régimen de transición.

La Ley 6 de 1945[5] en su artículo 17 literal b) estableció en favor de los empleados y obreros nacionales el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, cuando aquellos hubieren cumplido más de 50 años de edad y 20 años de servicio continuo o discontinuo al servicio de entidades públicas. La cuantía de dicha prestación sería equivalente a las dos terceras partes de los sueldos o jornales devengados, sin que pudiere ser inferior a 30 pesos ni superior a 300.

Posteriormente, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966[6], "*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*", incrementó la cuantía de la pensión de jubilación, pasando del 66% (dos terceras partes) al 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 27 respecto de la pensión de jubilación dispuso:

> "***Art. 27.-*** *El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos* ***y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer****, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación* ***equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio****(...)"* (Subraya y Negrita del despacho).

De la norma precitada, se evidencia, en primer lugar, que la edad de jubilación de los varones fue incrementada, estableciéndose en 55 años; mientras que las mujeres seguirían adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad; y, en segundo lugar, que el tiempo de servicios y la cuantía pensional permanecieron iguales al régimen anterior, es decir, 20 años de servicios y 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968 fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, el cual respecto de la cuantía pensional precisó en su artículo 73, lo siguiente:

> *"Artículo 73°.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los* ***salarios y primas de toda especie*** *percibidas en el último*

---

[5] "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.".

[6] **ARTICULO 4o.** A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

> *año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin. (Subrayado declarado nulo. Sentencia del 7 de junio de 1980 H.C. de E.).* (Negrita del Despacho)"

La precitada norma precisa que la cuantía de la pensión se calculará sobre el 75% de todos los salarios y primas devengados en el último año de servicios; sin embargo, no se estableció cuáles emolumentos constituían salario, razón por la cual, el legislador, a través del Decreto 1042 de 1978[7], dispuso que son factores salariales además de la asignación básica y del trabajo suplementario, "*todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios*"[8].

En concordancia con lo dispuesto, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, estableció una lista de los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

El tenor literal del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es el siguiente:

> *"**Artículo 45º.-** De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*
> *a) La asignación básica mensual;*
> *b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
> *c) Los dominicales y feriados;*
> *d) Las horas extras;*
> *e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
> *f) La prima de navidad;*
> *g) La bonificación por servicios prestados;*
> *h) La prima de servicios;*
> *i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
> *j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
> *k) La prima de vacaciones;*
> *l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
> *ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."*

---

[7] "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.".

[8] **Artículo 42º.-** *De otros factores de salario.* Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.
Son factores de salario: a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica; d) El auxilio de transporte; e) El auxilio de alimentación; f) La prima de servicio; g) La bonificación por servicios prestados; h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985[9], se equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación (55 años), se unificaron los regímenes pensionales de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones en cuanto a su aplicación.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985, dispuso lo siguiente:

> *"**Art. 1.-** 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 le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación **equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.***
>
> *No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*
>
> ....
>
> *Parágrafo 2°: **Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.***
>
> *Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.*
>
> *Parágrafo 3°. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.* (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo expuesto, se infiere que la Ley 33 de 1985 contenía el régimen pensional aplicable al sector público sin distinción alguna; salvo en los siguientes eventos: 1) Cuando se ejercieran actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2) Cuando a la fecha de entrar vigencia de dicha ley, los empleados oficiales hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones que regían con anterioridad, y 3) Cuando los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia

[9] "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.".

de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiéndose por las normas anteriores.

Por su parte, la **Ley 62 de 1985**[10], respecto de la base de liquidación de la Pensión de Jubilación estableció que cuando se trate de empleados de orden Nacional, se deberán tener para efectos de liquidar su pensión los siguientes emolumentos: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de Antigüedad, Técnica, Ascensional y de Capacitación, Dominicales y Feriados, Horas Extras, Bonificación por Servicios Prestados, Trabajo Suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora bien, la jurisprudencia tanto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como del Consejo de Estado, ha determinado que la naturaleza del listado contenido en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, es de carácter enunciativo, pues se debe entender como salario, todo lo que devenga el trabajador de manera periódica y permanente y que tenga como finalidad retribuir el servicio prestado por el trabajador (funcionario público).

En este punto, el Despacho considera importante citar la jurisprudencia del Consejo de Estado[11] en Sala de Consulta y Servicio Civil que sobre el tema precisó lo siguiente:

> "(...) ***reiterando*** *que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985,* ***deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario*** *y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. (...)En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones". (...)* ***apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales****, arribando a la conclusión* ***que con el fin de garantizar los principios de igualdad material,*** *primacía de la realidad sobre las formalidades y* ***favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios"*** (Negrita del Despacho).

La Ley 100 de 1993, instauró un Sistema de Seguridad Social, que derogó la mayoría de regímenes pensionales que se encontraban vigentes para su fecha

---

[10] "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 de 1985"
[11] Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069):

de expedición, lo cual trajo como consecuencia, la modificación de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas; sin embargo, teniendo en cuenta las posibles **expectativas legítimas** de las personas que para el momento de entrada en vigencia de dicha norma se encontraban cerca de acceder a su derecho a la pensión y, previendo el tránsito de las diferentes normas pensionales, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se consagró el **Régimen de Transición** que fijó las reglas para identificar en qué casos se pueden aplicar regímenes pensionales anteriores, así:

> *"**ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> ***La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior** al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*
>
> *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.* ~~**Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos**~~*. (...)"* (Subraya y Negrita del Despacho).

Acorde con lo expuesto, se tiene que el régimen de transición se aplica respecto de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión previsto en el régimen anterior, siempre que al momento de entrar en vigencia el sistema (1 de abril de 1994), el beneficiario (cotizante) tenga treinta y cinco años o más de edad si son mujeres, o cuarenta o más si son hombres, o quince o más años de servicio cotizados.

A su turno el Acto Legislativo No 1 de 2005 estableció entre otras cosas lo siguiente:

"(...) Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

*"**A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio** del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y **a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".***

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".
"La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

"Parágrafo 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

*"Parágrafo transitorio 1o. **El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003**, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. **Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".***

*"Parágrafo transitorio 2o. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, **la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así***

como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

"Parágrafo transitorio 3o. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

"Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)".(Subraya y Negrita del Despacho).

Lo anterior implica que el régimen de transición fue limitado en el tiempo por el Acto Legislativo 1 de 2005, sin que pueda extenderse más allá del 31 de julio de 2010, estableciendo una excepción a dicho límite y es para quienes a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No 1 de 2005[12] tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el 31 de diciembre del año 2014.

Luego, para aquellos servidores del Estado que estando en procura del reconocimiento pensional al amparo del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe verificarse el tiempo de servicios o de semanas cotizadas al 25 de julio de 2005 fecha en que entro en vigencia el Acto Legislativo 1 de 2005, que como mínimo el constituyente señaló en 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio que lo será catorce años, cinco meses y quince días.

2.3.3. De los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales

Sea lo primero indicar que los docentes a pesar de ser servidores públicos con prerrogativas especiales en materia salarial y prestacional, no gozan de un

[12] Rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

régimen especial de pensiones, por lo tanto, el régimen aplicable para tal efecto es el de los servidores públicos.

Ahora bien, la Ley 4 de 1976, reguló la materia pensional de los sectores públicos, oficial, semioficial y privado, de la siguiente manera:

> *"ARTICULO 5o. Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión."*

Y en su artículo séptimo, precisó que tales mesadas adicionales no serán objeto de descuento alguno.

> *"ARTICULO 7°.-La mensualidad adicional de que trata el artículo 5° de la Ley 4a. de 1976* ***no será objeto de descuento alguno****, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones."* (Subraya y Negrita del Despacho).

Asimismo la Ley 43 de 1984 (Art.5), dispuso la prohibición de descuentos sobre la mesada adicional de diciembre:

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

Las normas precitadas permiten inferir que no pueden hacerse deducciones o descuentos de la pensión de jubilación por concepto de aportes en salud respecto de la mesada adicional de diciembre.

Entonces, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, esta ley estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate.

Es decir, sin excepción alguna, resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado.

Por su parte el **Decreto 692 de 1994**, reglamentario de la Ley 100 de 1993, indica que las entidades pagadoras de pensiones efectuarán el reajuste establecido por

la diferencia entre la cotización que venían pagando los pensionados y la nueva cotización, sin sobrepasar el 12%.

> *"ARTICULO 42. REAJUSTE PENSIONAL POR INCREMENTO DE APORTES EN SALUD.*
> *(...)*
> ***Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud**.*
>
> *PARAGRAFO. Lo previsto en el presente artículo se entenderán sin perjuicio de que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reduzca la cotización en salud de los pensionados en relación con el número de beneficiarios, caso en el cual el reajuste de la mesada se hará por la diferencia entre lo que se venía cotizando y el valor señalado por el Consejo".* (Subraya y Negrita del Despacho).

El **Decreto 1073 de 2002**, regula algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales como a continuación se transcribe:

> *"ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones,* ***deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.***
> *(...)*
> ***Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley** y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, FOPEP, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.*
>
> ***PARÁGRAFO.** De conformidad con los artículos 50 y 152 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales."* (Negrita fuera de texto).

Posteriormente, el legislador, mediante la Ley 812 de 2003 (art. 4), dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-389/04 al referirse sobre la constitucionalidad de la referida norma, puntualizó:

> *"(...)*
> *La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido*

general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado especificamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción - `corresponderá a la suma de aporte 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´. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003
(...)".

De lo aquí expuesto, se concluye que a los docentes pensionados no se les puede efectuar descuentos respecto de la mesada adicional de diciembre, estando, por tanto, permitidos los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio. Sin embargo, la sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1064 de 16 de diciembre de 1997, con ponencia del Dr. Augusto Trejos Jaramillo, manifestó que no son susceptibles de los descuentos por aportes en salud sobre las mesadas adicionales tanto de junio como de diciembre. En efecto, la mencionada corporación señaló:

"(...)
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.
(...)"

De la precitada sentencia, se infiere que no se podrá efectuar descuentos por salud a las mesadas adicionales tanto de junio y diciembre.

Adicionalmente, en reciente pronunciamiento la misma Sala[13] ratificó esta postura al señalar que:

> *"Ahora bien, en cuanto a las cotizaciones, la ley 100 de 1993 establece en el Artículo 204 lo siguiente:*
>
> ***"Artículo 204.- Monto y distribución de las cotizaciones.-***
>
> ***Inciso primero, modificado por el 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. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*
>
> ***Inciso segundo.- Inciso adicionado por el artículo 1° de la ley 1250 del 27 de noviembre de 2008.-*** *La cotización* ***mensual*** *al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso* ***de la respectiva mesada pensional****, (la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008)"*[14]*.*
>
> ***Inciso segundo original de la ley 100/93.-*** *Declarado inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995. (...)" (Resalta la Sala).*
>
> *En el punto que interesa a la consulta, se observa que el inciso adicionado por la ley 1250 de 2008 dispone que la cotización* ***mensual*** *de los pensionados es del 12% de* ***la respectiva mesada pensional****, con lo cual se advierte que esta cotización se descuenta de las mesadas pensionales ordinarias, esto es, las que se pagan por las mensualidades del año, no por la mensualidad adicional de diciembre o el pago adicional de junio.*
>
> *En otras palabras, la cotización del 12% del mes de* ***junio****, por ejemplo, se toma "de la respectiva mesada pensional", como dice la norma, es decir, de la mesada de* ***junio****, de la mesada correspondiente a ese mes,* ***no del pago adicional de junio****, para el caso de los pensionados que dentro del régimen pensional analizado, tienen derecho a este pago.*
>
> *Lo mismo sucede con la cotización de* ***diciembre****, ésta se descuenta sobre la mensualidad pensional* ***ordinaria de diciembre****, no sobre la mensualidad* ***adicional*** *que se paga en ese mes."*

---

[13] Consejo de Estado, Sal de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente (E.): William Zambrano Cetina. Bogotá D.C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010).- Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00009-00 (1.988). Actor: Ministerio de Educación Nacional.

[14] La parte entre paréntesis fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-430 de 2009, con efectos desde el 27 de noviembre de 2008.

Atendiendo a lo aquí expuesto, se tiene que no es posible realizar descuentos del 12% para cotización en salud sobre las mesadas adicionales, pues por lado, y respecto de la mesada adicional de diciembre, existe norma expresa que prohíbe realizar dichas deducciones, y otra parte, sobre la mesada adicional de junio, la jurisprudencia ha indicado que no es acertado cotizar dos veces por el mismo mes.

3. Caso Concreto

De lo demostrado en el proceso, se tiene que la demandante prestó sus servicios durante más de 20 años a la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, y para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), tenía más de treinta y cinco años de edad, toda vez que nació el 04 de agosto de 1948[15] y más de 15 años de servicio, razón por la cual, le resulta aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, se observa que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, mediante la Resolución N°. 08200 de 29 de diciembre de 2003, le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la señora Bertha Leonor Soler de Pérez, para lo cual se tuvo como IBL solamente la asignación básica o sueldo devengado por la demandante durante el último año de servicios anterior a la fecha de adquisición del status.

Sin embargo, posteriormente, y atendiendo a un fallo judicial, el Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la resolución N°. 1759 de 31 de marzo de 2015, reliquidó la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo todos los factores salariales devengados por aquella durante el año anterior a la fecha de adquisición del status pensional.

De acuerdo a lo antes expuesto, se tiene que no le asiste la razón a la parte demandante, pues su régimen pensional está contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989. Luego, su pensión debe reconocerse con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, tal como lo ordenó el Juzgado 24 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en sentencia de 30 de septiembre de 2004, providencia confirmada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda "A", en sentencia de 05 de mayo de 2011.

---

[15] Según se observa en la fotocopia del documento de identidad aportado (folio 27).

De otro lado, observa el despacho que la demandante, so pretexto de ser beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pretende el reconocimiento de la pensión con fundamento en el monto establecido en la Ley 100 de 1993, pero teniendo en cuenta los demás requisitos contenidos en el régimen anterior (Leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989), siendo ello improcedente, por cuanto, vulnera el principio de inescindibilidad de la norma. En efecto, aplicarse la norma en la forma solicitada en la demanda, se generaría una ley tercia, que se reitera.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en múltiples sentencias[16] ha indicado que el monto, en tratándose de los beneficiarios del régimen de transición, comprende no solo el porcentaje sobre el cual se liquida la pensión sino también el Ingreso base de liquidación, infiriéndose de ello, nuevamente, que lo pretendido por la demandante es improcedente. En efecto, en el evento de aceptarse la postura adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, en la que se sostiene que el IBL no hace parte del régimen de transición, la pensión de la demandante debería liquidarse son el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, situación que le sería más desfavorable, atendiendo que aplicar dicha norma implica el sometimiento a los factores salariales de la ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

De otra parte, de entenderse que la demandante pretende la aplicación integra del régimen general de pensiones contenido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, la pensión deberá reconocerse a partir de los 55 años de edad (04 de agosto de 2003), y en un porcentaje equivalente que oscila entre el 65 al 55%, y no sobre el 85% pretendido en la demanda, dado que la pensión de la señora Bertha Soler se causó a partir de 04 de agosto de 2005, por ende, deberán aplicársele lo dispuesto en los incisos 3° y subsiguientes del artículo 34 de la Ley 100 de 1993. Además, los factores salariales que conforman el IBL son los establecidos en la ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, listado que es

[16] Sentencia de unificación jurisprudencial de 04 de agosto de 2010, Expediente N°. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), actor: Luís Mario Velandia / Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016, radicado: 25000-23-42-000-2013-01541-014683-13 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Actor: LUIS EDUARDO DELGADO / Consejo de Estado. Sección Segunda. CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., nueve (9) de febrero dos mil diecisiete (2017). RADICADO: 25000234200020130154l 01. NÚMERO INTERNO: 4683-2013. DEMANDANTE: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCÓN DEMANDADOS: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales y de la Protección Social Universidad Pedagógica Nacional.

taxativo, y entre los cuales no se encuentra la prima de vacaciones, emolumento este, sobre el cual se hicieron aportes.

Ahora bien, respecto de la pretensión de suspensión y reintegro de valores descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, demostró en el proceso que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución N° 08200 de 29 de diciembre de 2003, le reconoció a la señora Bertha Leonor Soler de Pérez una pensión mensual de jubilación, y en virtud de ello, la entidad demandada a través de la Fiduciaria la Previsora S.A., le efectuaba descuentos por concepto de aportes a salud, inclusive sobre las mesadas adicionales, según se evidencia en el extracto de pago visible a folios 16 a 21 del expediente.

De lo anterior, queda establecido que la entidad accionada realizó descuentos del 12% para aportes en salud de las mesadas pensionales adicionales de la actora, los cuales no podía efectuar por prohibición expresa de la norma que regula la materia.

Por lo expuesto, se concluye que la entidad demandada violó las normas invocadas por la demandante al realizar unos descuentos no autorizados por la Ley, por lo que se ordenará el reintegro del porcentaje descontado, por la Fiduciaria la Previsora S.A. como administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para cotización en salud, de las mesadas adicionales de diciembre que percibe la señora BERTHA LEONOR SOLER DE PÉREZ.

En consecuencia, al establecer de éste modo que no se debe realizar descuentos de la mesada adicional, para cotización en salud, como restablecimiento del derecho se dispondrá el reintegro del descuento del 12% de salud efectuado en las mesadas adicionales de diciembre, en consecuencia, se dispondrá la suspensión inmediata y hacia futuro de dicho descuento y la devolución de lo descontado por éste concepto.

Decisión.

Con base en lo anterior, se declarará la nulidad de la decisión adoptada por la entidad demandada, en el sentido de cobrar los aportes para salud sobre las mesadas adicionales y, en consecuencia, se dispondrá la devolución de lo

descontado por éste concepto. Contrario a ello, las pretensiones de la demanda re reliquidación de la pensión deberán desestimarse, por ser improcedente la misma, en los términos en los que fue solicitada la misma.

Prescripción:

Sea lo primero indicar que la prescripción es una sanción procesal a la inactividad de la parte interesada, respecto del reconocimiento del derecho pretendido.

Ahora bien, por regla general, las pensiones son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio; sin embargo, dicha figura procesal opera sobre las **mesadas pensionales o reliquidación de las mismas (en este caso sobre los descuentos efectuados sobre aquellas)**, que no se hubiesen reclamado en tiempo.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, sobre el fenómeno de la prescripción prevé lo siguiente:

> *"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto **prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible.** El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."*

A su vez el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, respecto de la prescripción dispone:

> *"[1] **Artículo 102º.-** Prescripción de acciones.*
>
> *1. Las acciones que emanan 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.*
>
> *2. 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."*

De acuerdo a lo precitado, la prescripción en el presente caso se interrumpió con la petición radicada ante el FOMAG por la parte actora el día **28 de febrero de 2014**, razón por la cual, los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de diciembre con anterioridad al **28 de febrero de 2011**, se encuentran prescritos.

En cuanto a la aplicación de los ajustes de valor que se dispondrá, la entidad demandada deberá dar aplicación a la fórmula acogida por el H. Consejo de Estado, en los siguientes términos:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de este providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Condena en costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*".

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones[17] la improcedencia de la condena en costas si no se supera la

[17] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: MANUEL WADIS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho a la defesa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias

---

* SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: TERESA ELENA SÁNCHEZ BERMÚDEZ. Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).
* SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: ANA ORFILIA PALACIOS DE MOSQUERA. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).
* SECCION CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: COOPERATIVA DE CONSUMO. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la **NULIDAD parcial** de la Resolución N°. 1759 del 31 de Marzo de 2015, y la NULIDAD total del Oficio N°. 2014EE00019119 del 31 de Marzo de 2014, proferidos por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria La Previsora S.A., respectivamente, actos administrativos mediante el cual se le negó a la señora BERTHA LEONOR SOLER DE PÉREZ, identificada con C.C. N°. 23.546.236 expedida en Duitama (Boyacá), la devolución de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, y la suspensión de las referidas deducciones.

SEGUNDO: ORDENAR al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – para que a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos de dicho fondo, REINTEGRE a la señora BERTHA LEONOR SOLER DE PÉREZ, identificada con C.C. N°. 23.546.236 expedida en Duitama (Boyacá), a partir del **28 de febrero de 2011**, por prescripción trienal, los valores descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, de conformidad con los argumentos expresados en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –que a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos de dicho fondo, SUSPENDA los descuentos de salud realizados de las mesadas adicionales de junio y diciembre, respecto de la pensión de jubilación que percibe la señora BERTHA LEONOR SOLER DE PÉREZ, identificada con C.C. N°. 23.546.236 expedida en Duitama (Boyacá)

CUARTO: Las sumas aquí reconocidas en favor de la señora BERTHA LEONOR SOLER DE PÉREZ, identificada con C.C. N°. 23.546.236 expedida en Duitama

(Boyacá), deberán ser actualizadas de conformidad con la fórmula expuesta en la parte motiva del presente proveído, en consideración a lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Sin lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: **NEGAR** las demás suplicas de la demanda.

SÉPTIMO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y reconocer intereses conforme al artículo 195 ibídem.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez