Bogotá D.C., 21 de abril de 2022

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-**2019-00534 -**00
Demandante: María del Pilar Díaz Martínez
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG
Tema: Reliquidación pensión de vejez - Descuentos en Salud

Sentencia No.14

Procede el Despacho a proferir Sentencia Anticipada de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral, conforme a lo dispuesto en artículo 182 A , adicionado por la Ley 2080 de 2021, artículo 42, teniendo en cuenta las siguientes pretensiones:

1.- Solicita se declare la nulidad de la resolución No.5977 del 25 de junio de 2019, mediante la cual negó el juste de la pensión de jubilación y la suspensión y el reintegro de todos los descuentos de los realizados con destino a la salud y la resolución No. 7396 de julio de 2019 por la cual resuelve el recurso de reposición que confirmo la resolución recurrida.

2. Como consecuencia de lo anterior condenar a la demandada a que revise y ajuste la pensión jubilación **incluyendo todos los factores** devengados en el último año anterior al cumplimiento de su estatus como pensionado, esto es, del 17 de agosto de 2016 al 16 de agosto de 2017, incluyendo la prima de servicios, prima de navidad y prima especial.

3.- El reintegro de todos los descuentos realizado con destino a la salud, sobre las mesadas adicionales, así como suspender los mencionados descuentos.

4.- La anterior suma se entregará indexada conforme con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., el cumplimiento al fallo en los términos previstos en los artículos 192 y ss de la Ley 1437 de 2011.

5.- Se condene en costas a la parte demandada.

Concepto De Violación: Citó como normas violadas los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 49, 53 y 58 de la Constitución Política, la ley 4 de 1966 y su decreto reglamentario 1743 de 1966, ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, ley 91 de 1989, decreto 1073 de 2003, ley 1250 de 2008 y 812 de 2003 art. 81 y Ley 100 de 1993, artículo 11, art 21 ; a su vez ley 797 de 2003 y decreto 1158 de 1994, modifica artículo 6 del decreto 691 de 1994.

Soporta sus argumentos en las sentencias del 6 de abril de 2011 radicados 11001032500020040022001, 11001032500020050023400 y la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, el H Consejo de Estado, para efectos de que se ordene incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador en el último año de servicios.

Por otra parte, frente a los factores que se deben tener en cuenta al momento de realizar la respectiva liquidación, conforma la sentencia No. 25000232500020070061201, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual indicó que se le debe dar interpretación a la Ley 71 de 1988, en lo que tiene que ver con la reliquidación de las pensiones reconocidas por esta normatividad, “con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios (salario base de liquidación)” y que le salario base de liquidación deberá estar constituido por aquellos factores que componen salario sobre los cuales se realizaron aportes o debiéndose efectuar no se hicieron por incuria del empleador, caso en el cual la entidad de previsión social podrá hacer los respectivos descuentos y liquidará la pensión de acuerdo con la ley”.

Señala que el incremento de los aportes en salud conforme el artículo 81 de la ley 812 de 2003 los obliga a asumir la totalidad de los aportes de la cotización del 12%, toda vez que la norma remite a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. De esta forma el incremento de la cotización y su remisión a la Ley 100, no es otra que la derogatoria del numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989, razón por la que resulta aplicable lo señalado en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 al establecer que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales. De igual manera aporta extractos de jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado, los cuales no avalan los descuentos por concepto de salud de las mesadas adicionales por cuanto al realizar el descuento en la mesada adicional se descontaría el 24%.

Contestación de la demanda, debidamente notificada la entidad contesto la demanda de manera extemporánea.

Primer problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional o si por el contrario no es procedente anular los actos demandados teniendo en cuenta que la entidad aplicó correctamente la Ley 33 de 1985 considerando el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el año anterior al de adquisición del estatus de pensionado.

De conformidad con la normativa y jurisprudencia aplicable al caso, no habrá de accederse a las pretensiones de la demanda. Lo anterior teniendo en consideración que los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, les es aplicable un régimen especial que es el contemplado en la Ley 91 de 1989, que a su vez remite al régimen general consagrado en las Leyes 33 y 62 de 1985 en lo referente al reconocimiento de pensiones de jubilación o de invalidez (ingreso base de liquidación). Por ende, para los docentes que se encuentren en estas condiciones, el IBL se calcula con base en los factores salariales sobre los cuales se haya realizado aportes al sistema de seguridad social en el último año de servicio o en el año anterior al estatus de pensionado, que se encuentren enlistados en la ley 62 de 1985.

La entidad consideró además de la asignación básica y la prima de vacaciones, la bonificación decreto devengada para los años 2015 y 2016 conforme con los decretos 1272 de 2015 y 123 de 2016.

Segundo problema jurídico El problema jurídico consiste en establecer si es dable declarar la nulidad del acto demandado por la derogatoria del inciso 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989 por parte del inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 el cual remite a la ley 100 de 1993 el tema de los descuentos en salud y la aplicabilidad del parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002 en donde se prohíbe descuento alguno sobre **las mesadas pensionales adicionales del régimen de prima media** o si por el contrario**,** como lo señala la entidad demandada, es procedente realizar los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales conforme con el inciso 5º del artículo 8 de la ley 91 de 1989 porque el inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 solo reguló el valor total de la tasa de cotización por parte de los docentes afiliados al Fondo Nacional a la suma de aportes que para salud e establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, sin modificar la obligación de los afiliados a aportar sobre las mesadas adicionales.

En este caso conforme con la sentencia de unificación SUJ024CES22021 del 3 de junio de 2021 no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda, pues son procedentes los descuentos con destino a salud en un 12% sobre 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 tales aportes

Reliquidación Pensional Docente

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 , las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1.° del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[…] 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 […]».

Así las cosas, los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 hacen parte del régimen de prima media con prestación definida establecida en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003 y los vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 se rigen la Ley 91 de 1989 y, en lo referente al régimen pensional por las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 3135 de 1968, por tanto, no pertenecen al régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues esa misma ley fue la que determinó que los docentes oficiales se encontraban cobijados por un régimen exceptuado (artículo 279).

En cuanto a la liquidación de la mesada pensional, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señaló que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. En el caso de los docentes los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al estatus pues dada la condición de ser un régimen especial, estos pueden recibir mesada pensional y paralelamente continuar en el servicio oficial y obtener la remuneración salarial correspondiente.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionó tres (3) factores salariales a la lista allí consignada.

Respecto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en cuanto al IBL de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes señaló:

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

Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Efectos retrospectivos de la sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 Retomando lo indicado en Sala Plena, la anterior sentencia unificada de la sección segunda acudió al método de aplicación retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que es obligatorio para todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Los efectos de la decisión, dice el fallo, garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia unificada. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas

con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

Los descuentos a salud de las mesadas pensionales de los docentes pensionados [1]

35.El antecedente normativo de las cotizaciones al sistema de salud se puede ubicar en la Ley 4 del 23 de abril de 1966[2], la cual, en el artículo 2, dispuso que los pensionados deberían contribuir a la Caja Nacional de Previsión Social un 5% de su mesada pensional, norma reglamentada por el artículo 2[3] del Decreto 1743 del 9 de julio del mismo año[4]. Dicho porcentaje se mantuvo en el artículo 37 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968[5], que adicionalmente señaló que la finalidad del aporte sería que «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»[6]. Este aporte obligatorio se reiteró en el artículo 90, numeral 3[7], del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 y la prestación de los servicios asistenciales, en el artículo 7[8] de la Ley 4 de 21 de enero de 1976.

36.Posteriormente, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con el objetivo de que efectuara el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y garantizara la prestación de los servicios médico-asistenciales. Para tal fin, en el artículo 8 se precisó que dentro de los recursos que lo constituirían estarían los provenientes del 5% de cada mesada pensional pagada por el Fondo «incluidas las mesadas adicionales».

37. Adicionalmente, en los antecedentes de la Ley 91 de 1989, se precisó que tal medida tenía el propósito de permitir el pago de la mesada de pensional de medio año en favor de los docentes vinculados a partir de enero de 1981 y «es nueva frente a la de fin de año, que está exenta de cotización en Cajanal, en el Instituto de Seguros Sociales y en las Cajas o Entidades Territoriales […]»[9]. De esta manera queda expuesta la finalidad de los aludidos descuentos de las mesadas adicionales.

1.1 Los aportes a salud a partir de la Ley 812 de 2003

38. Más adelante, con el propósito de contribuir a la solidaridad y a la sostenibilidad financiera del sistema general de seguridad social en salud, el proyecto de ley 169 en Cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006»[10], propuso la eliminación de los regímenes especiales, pues la existencia de estas condiciones particulares fue catalogada como uno de los factores que llevaron a los desequilibrios fiscales acumulados en la década del noventa[11].

39. Esta medida se implementó como consecuencia de la política social asumida por el Gobierno y con el fin de generar mayor equidad en varios frentes, para lo cual se destacó que «se pretende, en

---

[1] SUJ024CES22021
[2] «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.»
[3] «Parágrafo. - Los pensionados seguirán cotizando el cinco por ciento (5%) del valor de la pensión que reciban en cada mes y demás, por una sola vez, aportarán una tercera parte del valor del reajuste o aumento de la pensión.»
[4] «Por el cual se reglamenta la Ley 4.ª de 1966.»
5 «Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.»
[6] Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-229 de 1998 «en el entendido de que esta norma no excluye el deber de realizar los aportes de solidaridad previstos por el sistema general de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993.»
[7] «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.»
[8] «Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, […], tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, […] de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.»
[9] Gaceta del Congreso, año XXXII N.° 103 de 17 de octubre de 1989. Ponencia pata primer debate al proyecto de ley número 49 de 1989, Senado «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio». Páginas 4 y 5.
[10] Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.° 54, 10 de febrero de 2003, Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 169, Cámara ««por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 107.
[11] *Ibidem* página 70.

particular, cerrar la brecha no solo entre ricos y pobres, sino también entre la ciudad y el campo, entre hombres y mujeres, entre regiones, generaciones y grupos étnicos»[12].

40. Fue así como a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 del 26 de junio de 2003[13], se introdujo un cambio sustancial en el régimen prestacional de los docentes afiliados al FOMAG[14]. En efecto, el artículo 81 previó que quienes se vincularan a partir de ese momento, estarían cobijados por el régimen de prima media de que tratan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos por aquel, con excepción de lo relacionado con la edad de pensión que será de 57 años, tanto para hombres como para mujeres. Así lo reguló la norma:

«ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

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

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.
[…]»

41.Es importante señalar que el servicio de salud de este personal es prestado de conformidad con la Ley 91 de 1989, en las condiciones anteriormente señaladas. Ahora, en cuanto a la tasa de cotización, la Ley 812 de 2003 también se remitió a lo regulado para el sistema general de seguridad social y mantuvo la distribución de los porcentajes de trabajadores y empleadores. Fue así como el Decreto 2341 del 19 de agosto de 2003[15] reglamentó la anterior disposición y reiteró que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG corresponde a la «suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003».

42.Lo anterior, implicó el aumento en el porcentaje que le corresponde asumir al empleador, situación que se reguló imponiendo su financiación a cargo de los recursos del Sistema General de Participaciones «y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda». Tal disposición fue reiterada por el Acto Legislativo 01 de 2005, en el parágrafo transitorio 1.° del artículo 1, que adicionó el artículo 48 de la Carta Política.

43.En ese orden, se concluye que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 modificó el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, en cuanto al porcentaje del aporte, y, a partir de ese momento, el personal docente pasó de hacer cotizaciones equivalentes del 5% de la mesada al 12%, de conformidad con el artículo 204

---

12 Gaceta del Congreso, Cámara, año XII N.° 165, 14 de abril de 2003, Ponencia aprobada en primer debate por las Comisiones Terceras y Cuartas del Senado de la República y Cámara de Representantes al Proyecto de Ley 169, Cámara ««por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo hacia un Estado comunitario 2002-2006». Página 38.
13 «Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario»
14 Sobre la materia se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019, radicación 68001233300020150056 9-01(0935-2017), Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, demandante: Abadía Reinel Toloza.
15 «Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y se dictan otras disposiciones»

de la Ley 100 de 1993. Luego, tal porcentaje se aumentó al 12.5%, según el artículo 10 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007[16], y más adelante, el artículo 1 de la Ley 1250 del 27 de noviembre de 2008[17] lo fijó en 12% para los pensionados. Recientemente, la Ley 2010 de 2019, en el artículo 142, adicionó el parágrafo 5 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, para establecer los porcentajes en función del valor de la mesada y señaló que podrían ir desde un 8% hasta 12%.

44.-Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexequibilidad del inciso 4[18] del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.

45.-Lo anterior se acompasa con el artículo 157[19] de la Ley 100 de 1993, que en el numeral 1 indicó que son afiliados al régimen contributivo los pensionados y jubilados, pues se encuentran dentro del grupo de la población que tienen capacidad de pago.

46.-Por otra parte, no se desconoce que la Ley 100 de 1993, en el artículo 143, introdujo un reajuste mensual equivalente a la elevación de la cotización en salud, para quienes se pensionaron con anterioridad al 1.° de enero de 1994, sin que se encuentre uno semejante en la Ley 812 de 2003 para los docentes pensionados. Frente a este punto, la sentencia C-369 de 2004, en cita, indicó que el hecho de haber ordenado el incremento de la cotización, sin prever un mecanismo de reajuste similar al contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para el régimen general, no vulnera el derecho a la igualdad de los afiliados al FOMAG.

47.-Para llegar a tal conclusión, se remitió al criterio hermenéutico fijado en la sentencia C-126 de 2000, que declaró exequible el mencionado artículo. En aquella oportunidad, la Corte estimó que en desarrollo del principio de solidaridad y con el propósito de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, el Legislador puede ordenar que la cotización sea asumida en su totalidad por el pensionado, teniendo en cuenta que se reduce el número de trabajadores activos y que al alcanzar el estatus cesa la obligación de cotizar a pensión, lo cual compensa de cierta manera el aumento de la cotización en salud.

48.-Adicionalmente, sostuvo que el Legislador no tenía el deber de prever el mismo mecanismo compensatorio, argumento que sustentó en la tesis reiterada según la cual la existencia de regímenes especiales, como los previstos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, pues el trato diferenciado no es discriminatorio, sino que favorece a quienes cobija. Así mismo, la sentencia identificó los aspectos que llevan a considerar que un régimen especial contiene una discriminación para sus destinatarios en relación con determinada prestación, estas son,

---

[16] «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.»

[17] «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 parágrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6o de la Ley 797 de 2003.»

[18] El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones».

[19] «[…] Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley […]» Aparte subrayado declarado exequible por la sentencia C-711 de 1998.

«(i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente»[20].

49.- A partir de la anterior precisión, expuso que la cotización en salud no puede ser considerada autónoma e independiente, sino que está ligada al conjunto de servicios que se prestan al magisterio, regulado por la Ley 91 de 1989, cuyas particularidades representan algunos beneficios superiores para sus destinatarios. En consecuencia, como aquel es un régimen especial, diferente al general, la ley no tenía que prever un ajuste idéntico al señalado por la Ley 100 de 1993.

50.-Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.

51, De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.

52.- Es así como el artículo 2.4.4.2.2.3. del Decreto 1075 de 2015, al referirse al giro que la sociedad fiduciaria administradora debe hacer al FOMAG, incluye los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como los señalados por el numeral 4 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

53.-**En conclusión**: Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993.

Conforme a lo anterior, al encontrarse ajustadas a la ley las deducciones de los aportes efectuados para salud, es lógico derivar que no debe ordenarse la devolución de las sumas descontadas por dicho concepto.

Caso concreto

Se encuentra acreditado que mediante Resolución No.2710 de 13 de marzo de 2018 la Secretaria de Educación Distrital reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a la accionante correspondiente a un 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios anterior al cumplimiento de la adquisición del estatus de pensionado teniendo en cuenta como factores la asignación básica, bonificación decreto y prima de vacaciones, efectiva a partir del 17 de octubre de 2017 (fls. 3 y 4 expediente digital archivo No. 4).Posteriormente, mediante Resolución No. 5977 de junio de 2019 niega el ajuste a la pensión de jubilación.

En el sub lite está demostrado que la accionante se vinculó como docente en propiedad desde el 18 de julio de 1995, es decir, antes de la fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003 - 27 de junio de 2003- por lo cual su régimen pensional corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables, adquiriendo su status pensional a partir del 16 de agosto de 2017 (fl. 3 y 4 expediente digital archivo No. 4).

Obra certificación de salarios devengados en los periodos 2016-2017 folio 23 PDF 4 y allí se registran los factores con los cuales se cotizó la pensión, esto es, la asignación básica y la prima de vacaciones. No obstante la demandada consideró la bonificación decreto devengada para los años 2015 y 2016 conforme con los decretos 1272 de 2015 y 123 de 2016 por constituir factor salarial para todos los

[20] La Corte citó: «Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.»

efectos legales, razón por la que se debían haber efectuado aportes a pensión en virtud de las normas en mención.

No ocurre lo mismo con la prima de servicio docente la cual constituye factor salarial para **para efectos de liquidar las vacaciones, las cesantías y las primas de vacaciones y navidad, mas no para cotizar al sistema general de pensión conforme con ley 33 de 1985 como quiera que no fue incluido como factor de liquidación [21] al igual que la prima de navidad, como quiera que no fue un factor considerado por el legislador como factor para liquidar la pensión de jubilación [22]**

Teniendo en cuenta que la entidad demandada incluyó además de los factores sobre los cuales cotiza al sistema de seguridad social la bonificación decreto de acuerdo con la jurisprudencia citada del 25 de abril de 2019 el demandante no tendría derecho a la reliquidación de su pensión razón por la que se negarán las pretensiones de la demanda.

Descuentos sobre las mesadas adicionales por aportes en salud al sistema de seguridad social

Respecto a los descuentos en las mesadas adicionales, acoge la SUJ024CES22021 posición unificada arriba reseñada en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 para considerar que los docentes pensionados tienen la obligación de contribuir con los aportes en salud no solo sobre las mesadas ordinarias, sino también de las adicionales, como se indicó en el precedente jurisprudencial aplicable.

Lo anterior, por cuanto el artículo 8° numeral 5 de la Ley 91 de 1989, establece que los descuentos realizados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales adicionales resultan obligatorias por ser valores que constituyen los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no solo son para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, sino también para la prestación de los servicios médico asistenciales para sus afiliados, por lo que resultalegal, justo y equitativo que quienes se sirven de estos beneficios contribuyan con lafinanciación de los recursos necesarios para dicha cobertura, de acuerdo con el importe que la norma ha fijado para el efecto por virtud del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el valor del aporte fue equiparado al previsto para el régimen general en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, esto es, en el 12%

---

[21] En la actualidad, con la expedición del decreto 1545 del 19 de julio de 2013, el Gobierno Nacional, en desarrollo de la ley 4ª de 1992, reguló la prima de servicios a favor del personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual, en virtud de ese decreto, a partir del año 2014 es cancelada por las entidades territoriales certificadas en educación, con los dineros provenientes del Sistema general de participaciones, en los términos allí señalados expresamente. En efecto, los artículos 1º y 7º del decreto en mención, señalan:

"Artículo 1. *Prima de servicios. Establécese la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar; básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014 en los términos que a continuación se señalan:*

En el año 2014, la prima de servicios será equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año.

A partir del año 2015, y en adelante, la prima de servicios que establece el presente Decreto será equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año.

Parágrafo. *La prima de servicios que se establece en el presente Decreto será cancelada por las respectivas entidades territoriales certificadas en educación en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año".*

"Artículo 7. *Financiación de la prima de servicios. La prima de servicios establecida mediante el presente Decreto será financiada con los recursos que conforman la partida en educación del Sistema General de Participaciones, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001".*

Este emolumento, de conformidad con lo señalado en el artículo 2º del decreto 1545 de 2013, se liquidará incluyendo la asignación básica mensual, la asignación adicional que se reconoce a los directivos docentes, el auxilio de transporte y la prima de alimentación, siempre que el docente los perciba.

Igualmente, en el decreto 1545 de 2013, el Gobierno Nacional dispuso que el docente o directivo docente que no haya trabajado el año completo, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, en forma proporcional, siempre que hubiere prestado sus servicios en la misma entidad territorial certificada en educación por un término de 6 meses; **y le dio connotación de factor salarial a ese emolumento, para efectos de liquidar las vacaciones, las cesantías y las primas de vacaciones y navidad.**

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

Ley 812 de 2003 solo modificó lo atinente a la tasa de cotización, más no la obligatoriedad del aporte de los pensionados sobre las mesadas sordinarias y adicionales, en tanto las mismas continúan siendo reguladas por lo contemplado en el numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que *"Salvo en los procesos 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 numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso[23], la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado[24] ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. [25]

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandate, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho además de no evidenciar carencia en el fundamento legal al momento de proferir el acto.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. – NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

---

[23] Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

[24] Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

[25] Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"
Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

TERCERO.- Una vez en firme esta sentencia. **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

CUARTO.- Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

QUINTO.- Ejecutoriada esta providencia háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento, se autoriza a la secretaría la expedición de las copias que soliciten las partes y archivar las diligencias, previas las anotaciones respectivas en los libros radicadores y del sistema siglo XXI.

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
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:
fb8b3ecb12d416d941c204c76d126bd5c560169c64ec5e3708fa38284497caf2
Documento generado en 21/04/2022 05:34:05 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica