



**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

| Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho | |
|--|---|
| Asunto: | Sentencia de primera instancia |
| Radicación: | N° 11001-33-35-016-2019-00052-00 |
| Demandante: | JOSE ANTONIO GARAVITO FIGUEREDO |
| Demandado: | NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO |

Tema: Reliquidación pensión docente y Descuentos en salud

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020¹ y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones². El señor **José Alejandro Garavito Figueredo**, solicita se declare la nulidad de la **Resolución 186 de 18 de enero de 2019**, proferida por

¹ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

² Actuaciones que obran dentro del expediente digital de la demanda, dentro del primer anexo el cual consta de 117 folios.

la Secretaría de Educación de Bogotá D.C- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá, mediante la cual se niega la reliquidación pensional del actor y el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales.

Solicita que se declare la nulidad del oficio número **20181070174951 de 13 de junio de 2018**, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A, por medio de la cual dio respuesta a la solicitud No. 2018032159782 de 31 de mayo de 2018.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho solicita se revise y reajuste la pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados por el actor en el año anterior al retiro del servicio, esto es **06 de julio de 2015 al 05 de julio de 2016**, incluyendo además de los ya reconocidos la **prima de servicio**.

De la misma manera se debe establecer, si hay lugar a la devolución de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la prestación reconocida al demandante y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos.

Adicionalmente, si hay lugar a condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor del actor el valor de los reajustes que se causen por los conceptos referidos desde el momento en que se reconoció la pensión descontando lo que ya se ha cancelado, asimismo, a que las entidades accionadas reconozcan y paguen la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de reliquidación de pensión, aplicando para ello lo certificado por el **DANE** desde el momento de reconocimiento pensional hasta cuando se haga efectivo el pago.

2.2. Hechos. De los hechos expuestos en la demanda se desprende lo siguiente:

- a.** Afirma el accionante que nació el día **8 de febrero de 1951** y que fue docente vinculado al servicio público de educación desde el **17 de marzo de 1983** hasta el **05 de julio de 2016**.
- b.** Que por haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación, a través de la **Resolución 5497 de 26 de diciembre de 2006** se le reconoció y ordenó pagar pensión vitalicia de Jubilación.

- c. Señaló que desde el primer pago de las mesadas de la pensión de jubilación, se le vienen efectuando descuentos para la EPS (SALUD), sobre las mesadas adicionales, esto sin que exista una norma vigente que así lo ordene, tanto en las leyes que rigen la seguridad social como en el régimen especial que gobierna las prestaciones sociales de los docentes oficiales.
- d. Que mediante **Resolución No. 7580 de 11 de diciembre de 2012**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cumplimiento a una orden judicial, ajustó la pensión de jubilación del demandante con la inclusión de los factores salariales de **prima de alimentación, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad**, devengados en el año anterior al cumplimiento del status pensional.
- e. El Fondo, a través de **Resolución No. 4469 de 13 de mayo de 2016**, lo retiró del servicio por cumplir la edad de retiro forzoso.
- f. Igualmente, la entidad demandada mediante **Resolución 8818 de 07 de diciembre de 2016**, y con ocasión del retiro del actor, ordenó el reajuste de la pensión del mismo, incluyendo como factor salarial además de los ya reconocidos la **bonificación por servicios prestados**.
- g. Posteriormente, la parte actora mediante **petición No. E- 2018-149749/ 2018-PENS-645022 de 01 de octubre de 2018**, solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá, la revisión y ajuste de la pensión de jubilación reconocida debido a que no se tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año anterior al retiro definitivo del servicio, es especial, para que se le reconociera la **prima de servicio**.
- h. La entidad demandada a través de la **Resolución No. 186 de 18 de enero de 2019**, niega la petición de reajuste pensional y la suspensión de los descuentos en salud.
- i. El Demandante mediante **petición 2018032321519782 de 31 de mayo de 2018**, solicitó a la Fiduciaria la Previsora S.A, el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para la salud en las mesadas adicionales.
- j. La Fiduciaria la Previsora S.A, mediante **Oficio 2018107174951 de 13 de junio de 2018**, accedió parcialmente a la solicitud, en consideración a que allegó los desprendibles de nómina solicitados, pero omitió pronunciarse

respecto al reintegro y suspensión de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales devengadas.

2.3. Normas violadas y concepto de violación. Aduce el demandante que con respecto a la no inclusión de la totalidad de los factores salariales en la reliquidación de la mesada pensional han sido vulnerados los artículos 2,13,25,29,46,48,53,58 y 228 de la Constitución y la ley 91 de 1989 en su artículo 15, la ley 4ta de 1992, la ley 71 de 1988, el art. 17 de la ley 549 de 1999, el art. 2 del Decreto 2527 de 1994 y el Decreto 692 de 1994, así como los artículos 1 y 3 de la ley 700 de 2001.

Frente a la vulneración de las normas de rango legal, aduce que es producto de la decisión de la entidad de liquidar las prestaciones sin tener en cuenta los porcentajes y criterios establecidos en la misma, los cuales considera que se encuentran en la ley 33 de 1985 y demás leyes concordantes.

Expresó, que con ocasión del descuento para salud en las mesadas adicionales han sido vulnerados el Decreto 1073 de 2002, el artículo 50 de la ley 100 de 1993 y la ley 812 de 2003, transgrediendo así los derechos de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Agregó que el descuento realizado sobre las mesadas adicionales es contrario a lo normado por el Decreto 1073 de 2002, debido a que el párrafo de su artículo primero señala lo contrario, a lo establecido en el artículo 50 de la ley 100 de 1993 y la ley 812 de 2003. Finalmente, indica que los descuentos en salud a las mesadas adicionales de los docentes vinculados al Fomag, son inconstitucionales, pues se les viola el derecho al mínimo vital al reducirse un porcentaje de su mesada.

2.4. Actuación procesal³. La demanda se presentó el 13 de febrero de 2019 y a través de providencia de 26 de abril de 2019 se admitió por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 22 de enero de 2020, fue notificada mediante correo electrónico las partes demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Los sujetos pasivos de la litis contestaron la demanda de la referencia oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, memoriales que obran dentro del expediente digital.

³ Actuaciones que obran dentro del expediente digital de la demanda, dentro del primer anexo el cual consta de 117 folios.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 4 de diciembre de 2020, el Juzgado atendiendo a lo dispuesto en la parte final del artículo 181 del CPACA en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020⁴, corrió traslado a las partes para alegar por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada.

2.5. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS.

2.5.1 La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.

El Fomag contestó la demanda mediante memorial que obra dentro del expediente digital, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; señalando que el tema de la reliquidación pensional de los docentes vinculados al Fomag ya fue unificada por el Consejo de Estado mediante sentencia dictada en el proceso 68001233300020150056901 del año 2019, en el que estableció que los factores salariales a incluir en la liquidación de la pensión son aquellos establecidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 198 para los docentes vinculados antes la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y que por tanto les es aplicable las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

Agregó que con fundamento a lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, se dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993 a los docentes afiliados al FOMAG, situación que conllevó que a los mismos se les aumentará el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, pues de un descuento del 5% previamente señalado en la Ley 91 de 1989 se pasaría a reducir un 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen.

Finalmente, solicita del Despacho se nieguen las pretensiones de la demanda por cuanto los actos Administrativos emitidos por el Fomag se encuentran ajustados a derecho y se profirieron en estricto seguimiento de las normas legales vigentes aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad alguna.

2.5.2 Fiduciaria la Previsora S.A.

La entidad contestó al demanda, a través de memorial que obra dentro del expediente digital, solicitando del Despacho denegar las pretensiones de la misma, por cuanto, el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

⁴ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

es el establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, misma que estipula que los descuentos deben estar incluidos en las mesadas adicionales de los docentes.

Adicionalmente, respecto de los descuentos sobre las mesadas adicionales cita la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 16 de diciembre de 2015 dentro del expediente radicado N° 2015-02164-00, en la cual se establece la legalidad de los mismos y permite a la entidad realizar tales descuentos sobre las mesadas de los docentes.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 La parte demandante. Presentó sus alegatos por escrito a través de memorial que fue allegado al expediente de la referencia, dentro del cual solicita del Despacho que en atención a la normatividad vigente, la jurisprudencia aplicable al caso y las pruebas aportadas al plenario, se accedan a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, es decir, la reliquidación pensional del señor José Antonio Garavito, con la inclusión de la *prima de servicios* como también la suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, por ser deducciones que van en contravía de los preceptos constitucionales.

Indica que teniendo como base el artículo 40 del Decreto Ley 2106 de 2019, es el mismo Estado quien facilita el acceso efectivo del derecho a la pensión jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales, estableciendo trámites que agilizan el pago de aportes por conceptos sobre los cuales no se hayan realizado, garantizando la efectividad de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y en ese sentido el estado cumple con uno de sus fines que no es otro que garantizar la PROTECCIÓN SOCIAL a las personas de la tercera edad.

Igualmente, agrega que debe existir coherencia entre el salario devengado y lo cotizado, por lo tanto, el Estado a través de sus entidades descentralizadas está obligado a realizar los respectivos descuentos (aportes a seguridad social) en los factores sobre los cuales no se ha practicado conforme a las normas ya referidas.

Señala que existen varios pronunciamientos que desarrollan el concepto de salario, el cual ha sido aplicado en varias sentencias de los Órganos Judiciales y que no debe ser desconocido en la actualidad, reiterando que su no aplicación contraviene los principios de igualdad y primacía de la realidad sobre las formas, que no es otra cosa que la

vulneración directa del acceso a la pensión evidenciado en la disminución del monto pensional.

Por lo anterior, solicita se de aplicación al principio constitucional de favorabilidad, teniendo en cuenta que los pensionados son personas de especial protección, debido a su imposibilidad de trabajo, por lo que la aplicación de las normas constitucionales y legales deben ir encaminadas a salvaguardar los derechos fundamentales de estos, tesis reiterada por el Consejo de Estado en sentencia del 29 de agosto de 2019, proceso 2014 – 00070(3973-14) – Consejero Ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas.

2.6.2 La parte demandada. Presentó sus alegatos por escrito tal como consta en escrito allegado a este despacho el 14 de diciembre de 2020 y que obra dentro del expediente digital.

La Nación Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitó de esta Judicatura se negaran las pretensiones de la demanda por cuanto dicha autoridad judicial no incurrió en el defecto sustantivo alegado por la parte demandante, toda vez que, la decisión cuestionada se encuentra debidamente sustentada y ajustada a derecho y en ella se utilizaron criterios de interpretación expuestos de manera razonada, que no implican desbordamiento del orden jurídico, otra cosa es que el actor no esté de acuerdo con la interpretación normativa efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Igualmente, destacó que la anterior postura va estrechamente ligada con lo contemplado en la norma superior, esto es, el principio constitucional de solidaridad, puesto que la disposición primera constitucional consigna como principio fundante del Estado Social de Derecho la solidaridad de las personas que la integran: Colombia es un Estado social de derecho, (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Finalmente, resalta que no es dable acceder al petitum de la demanda, pues hacerlo transgrede abiertamente lo dispuesto por la Constitución Política y además implica para la Nación una carga excesiva que vulnera el principio de solidaridad del sistema de pensiones.

2.6.3 Concepto del Ministerio Público: La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1 Cuestión previa. Resolución de la Excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Fiduciaria la Previsora.

La entidad accionada esgrime el siguiente fundamento: *“Es clara la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria la Previsora S.A, atendiendo a que es una entidad de economía mixta que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y este a su vez, es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades reconozcan a su planta de personal docente, en tanto que la Previsora es una simple administradora de recursos que no está llamada a ser legitimada en la causa por pasiva en el presente evento, además porque no está avalada para consentir actos administrativos”.*

Ahora bien, el Despacho la declara no probado el medio exceptivo teniendo en cuenta lo siguiente:

Acota esta judicatura que respecto de las obligaciones de la Fiduprevisora S.A., algunas providencias judiciales afirman que en estas controversias judiciales la FIDUPREVISORA S.A. solo actúa como administradora de los recursos del FOMAG y que por ello este Fondo es el llamado a responder. A su turno, el Consejo de Estado⁵ ha sostenido lo contrario, así: *“En lo litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentra vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional, y a la Fiduciaria La Previsora S.A. le incumbe ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.”* En el presente asunto no nos hallamos frente a unos actos de reconocimiento de la prestación, sino en presencia de

⁵ Concepto del 23 de mayo de 2002, del Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. César Hoyos Salazar, Radicación Número: 1423.

unos descuentos hechos por la Fiduciaria sobre la pensión ya reconocida al aquí demandante, al margen de la intervención del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

De acuerdo con lo anterior, es claro que, la Fiduciaria La Previsora S.A., interviene de manera directa en los descuentos para salud efectuados a los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, y debe comparecer a los procesos judiciales, porque no actúa como un simple administrador de los recursos de ese Fondo, sino que actúa en el marco de un contrato de fideicomiso o fiducia, que no se debe confundir con el contrato de mandato simple, respecto de los cuales la ley establece un régimen jurídico distinto, que las partes, terceros o autoridades judiciales no pueden, ni deben alterar.

Si bien los recursos que administra la Fiduciaria La Previsora S.A., pertenecen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, en virtud del contrato de Fiducia que existe con el Ministerio de Educación Nacional, La Previsora S.A., en calidad de fiduciario lleva la personería de ese patrimonio en actuaciones administrativas o judiciales y es su obligación defender y proteger los bienes que conforman el Fideicomiso, contra terceros y ejercer las acciones que correspondan, conforme lo regula el numeral 4º, artículo 1234 del Código de Comercio. En esos términos se determinó en el artículo 2.5.5.1 del Decreto 2555 de 2010.⁶

De acuerdo con lo anterior, al pertenecer la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, al sector descentralizado por servicios de la administración pública nacional,⁷ no puede

⁶ “Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia. El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo. En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.”

⁷ Corte Constitucional C-783 de 1999, sentencia del 13 de octubre de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis, sobre la naturaleza jurídica de la Fiduciaria La Previsora S.A, señaló que: “(...) Aplicados los anteriores criterios de la función administrativa, al manejo de recursos públicos a través del Fondo en referencia, se puede concluir que las actividades que para la puesta en marcha y funcionamiento de ese Fondo se adelantan, así como aquella que lleva involucrada la administración que el mismo debe ejercer, presentan una naturaleza claramente administrativa. (...) En este punto, adquiere especial relevancia hacer mención de la naturaleza jurídica de la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional. Su constitución fue autorizada por el artículo 30. del Decreto 1547 de 1984 y, de conformidad con lo establecido por el parágrafo 10. del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, se encuentra sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto la participación del Estado en su capital social, es superior al 90%. Tiene personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, la cual se ejerce de conformidad con los actos que la rigen y, para el cumplimiento de sus funciones, se ceñirá al Decreto 1547 de 1984, así como a sus estatutos internos.

desconocerse que está facultada para proferir actos administrativos, lo que adquiere mayor razón por la condición de empleados públicos del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio al que la Fiduciaria La Previsora S.A. le efectúa los descuentos demandados y porque la responsabilidad de descontar tales aportes para el sistema de seguridad social en salud es un deber legal⁸, en torno a una función pública, así las cosas se declara no probada la excepción.

3.2. Problema Jurídico. Consiste en determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la **Resolución 186 de 18 de enero de 2019**, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá, mediante la cual se niega la reliquidación pensional del actor y el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales.

Solicita que se declare la nulidad del oficio número **20181070174951 de 13 de junio de 2018**, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A, por medio de la cual dio respuesta a la solicitud No. 2018032159782 de 31 de mayo de 2018.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho solicita se revise y reajuste la pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados por el actor en el año anterior al retiro del servicio, esto es **06 de julio de 2015 al 05 de julio de 2016**, incluyendo además de los ya reconocidos la **prima de servicio**.

De la misma manera se debe erigir, si hay lugar a la devolución de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la prestación reconocida al demandante y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos.

Adicionalmente, si hay lugar a condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor del actor el valor de los reajustes que se causen por los conceptos referidos desde el momento en que se reconoció la pensión descontando lo que ya se ha cancelado, asimismo, a que las entidades accionadas reconozcan y paguen la

(...) Como puede observarse, configura la referida sociedad, una entidad descentralizada por servicios que en desarrollo de su objeto social gestiona un interés propio del Estado, a través de la realización de una actividad de naturaleza financiera. Precisamente, por ser ésta entidad una manifestación de la actuación descentralizada del Estado, bien puede ser sujeto de la destinación de la asignación legal de una función administrativa para cumplir. (...) Así mismo, la pertenencia de la Fiduciaria a la administración pública en la órbita del sector descentralizado por servicios, ha sido factor determinante para que en desarrollo de su objeto social, le hayan sido asignadas por disposición legal, funciones específicas para el cumplimiento de cometidos estatales....

⁸ Artículo 161 de la ley 100 de 1993/ Decreto 1072 de 2002 La institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley.

indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de reliquidación de pensión, aplicando para ello lo certificado por el **DANE** desde el momento de reconocimiento pensional hasta cuando se haga efectivo el pago.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas y normativas, lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial y las alegaciones expuestas con antelación.

4.- NORMAS APLICABLES Y UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

4.1 Régimen pensional docente: El H. Consejo de Estado, en reiterados pronunciamientos, ha señalado que si bien el Decreto 2277 de 1979 señala que los docentes son administrados por un régimen especial en lo que se refiere a la administración de personal, a los temas salariales y prestacionales, ello no acompasa lo atinente a la pensión de jubilación, dado que a estos se les aplica las mismas normas y requisitos que para el resto de los empleados públicos, salvo lo atinente al sistema integral de seguridad social de la Ley 100 de 1993, que no les aplica por disposición de la misma legislación.

En virtud del proceso de nacionalización, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como un administrador de las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados y territoriales. La precitada ley en su artículo 15⁹ señala el régimen que se debe aplicar al personal docente.

⁹ “**Artículo 15^o.**- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: Ver art. 6, Ley 60 de 1993.”

1.- (...) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. (Subrayado fuera de texto)

2.- Pensiones:

(...)

A.- Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. **Ver Artículo 211 Ley 115 1994 Derecho a la pensión adquirida con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.**

B.- Nota: La Ley 334 de 1996 dispuso:

"Artículo 18^o.- Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.

Ninguna entidad territorial u organismo del Estado podrá encargar provisionalmente a servidor público alguno para ocupar cargos de mayor jerarquía sin la disponibilidad presupuestal correspondiente. El funcionario que contravenga lo dispuesto en este inciso incurrirá en falta disciplinaria y será responsable civilmente por los efectos del mismo.

De la predicha normatividad se desprende que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional o las que se expidan en el futuro, es decir, que por remisión de la Ley 91 de 1989, a éstos les es aplicable la Ley 33 de 1985, pauta normativa que constituía en la época el régimen general de pensión.

De otro lado, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279¹⁰, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social. Así mismo, el artículo 115¹¹ de la Ley 115 de 1994 confirmó que el régimen de jubilación aplicable para los docentes nacionales era la Ley 33 de 1985.

Con posterioridad a ello, en virtud de la Ley 812 de 2003 se establece un cambio en el Régimen prestacional de los docentes oficiales, indicando dicha norma en su artículo 81¹² que a los mencionados docentes que hayan sido vinculados con posterioridad a la

Artículo 19º.- Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones".

Parágrafo 1º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando su situación financiera lo permita, podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes de acuerdo con el reglamento que se expida.

Parágrafo 2º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones. Radicación 479 de 1992. Sala de Consulta y Servicio Civil.

¹⁰ "ARTICULO 279. EXCEPCIONES. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. (...)".

¹¹ "ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

¹² "**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."

entrada en vigencia de la norma, le serán otorgados los derechos pensionales establecidos dentro del Régimen de Prima Media de qué trata la ley 100 de 1993.

En el mismo sentido, el párrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, indica que: *“(...) 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”.* (Subrayado fuera del texto original)

Frente a los hechos narrados cabe resaltar que la Ley 33 de 1985 es aplicable al demandante en virtud de lo establecido por el Acto Legislativo No. 01 de 2005 y por remisión normativa de la ley 812 de 2003, debido a que el señor **JOSE ANTONIO GARAVITO FIGEREDO** fue nombrado como docente con antelación a la entrada en vigor de la última norma citada, esto es, **17 de marzo de 1983**, tal como se desprende de la **Resolución No. 5497 de 26 de diciembre de 2006**, por medio del cual se le reconoce y ordena el pago de una pensión al actor, fl. 26-28, expediente digital anexos.

Ahora bien, la predicha Ley dispone que la pensión de jubilación será reconocida con el 75% del salario promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, norma esta que fue modificada por la Ley 62 la cual en su artículo 1³.

13 **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.

“(...) valga anotar, no existe contradicción entre la decisión del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional en lo que se refiere a los factores que deben ser tenidos en cuenta para establecer el IBL pensional, pues en caso de no haberse cotizado sobre factores que deban ser tenido en cuenta, la sentencia del 4 de agosto de 2010 autoriza a deducir los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse sobre los mismos.

Por tanto, no le asistió razón al Tribunal accionado cuando en la sentencia cuestionada aseguró que se afectaba la sostenibilidad del sistema en materia económica y financiera, por no existir prueba de que se hubiera cotizado sobre los factores salariales cuya reliquidación pretendía, ya que en situaciones como la del actor, lo que procedía, como lo dispuso el Consejo de Estado en su fallo de unificación, es que sobre aquellos factores salariales que deban incluirse en la reliquidación y sobre los que no se hubiera cotizado, se ordene realizar los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.”

De otra parte es menester aclarar que en el presente asunto la controversia no radica en el reconocimiento pensional, en el análisis del IBL o la aplicación de algún régimen de transición, sino en establecer los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida; siendo así, es menester acudir a la nueva regla jurisprudencial del Consejo de Estado que interpreta, cuáles son los factores que se deben tener como base para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

4.2. Sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-20198 del 25 de abril de 2019¹⁴, varió el criterio que venía siendo adoptado por la Sección Segunda de esta jurisdicción como también la postura que había adoptado este Despacho, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados por el docente durante el último año de servicio.

Señaló la alta Corporación que debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la sub regla fijada en la sentencia del 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

Expresó que en dicha sentencia de unificación la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en lo que respecta al ingreso base de liquidación en el régimen de transición, en un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional el cual no guarda identidad fáctica con el caso que se estudia, por lo tanto la Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta, para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tomar en consideración para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P: César Palomino Cortés, Sentencia del 25 de abril de 2019, Actor: Abadía Reynel Toloza. Radicado: 2015- 569-01

Para aclarar el Régimen Pensional de los docentes vinculados al Servicio Público Educativo Oficial, el Tribunal rector realizó un cuadro comparativo de los dos regímenes en el cual expuso:

| RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL | | | |
|--|---|---|--|
| ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 | | | |
| Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 | | Régimen pensional de prima media | |
| Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. | | Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. | |
| Normativa aplicable | | Normativa aplicable | |
| Literal B, numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 Ley 33 de 1985 Ley 62 de 1985 | | Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 Ley 100 de 1993 Ley 797 de 2003 Decreto 1158 de 1994 | |
| Requisitos | | Requisitos | |
| Edad: 55 años (H/M) Tiempo de servicios: 20 años | | Edad: 57 años (H/M) Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9° de la Ley 797 de 2003 | |
| Tasa de remplazo – Monto | | Tasa de remplazo – Monto | |
| 75% | | 65% - 85% ¹⁵ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003). | |
| Ingreso Base de Liquidación – IBL | | Ingreso Base de Liquidación – IBL | |
| Periodo | Factores | Periodo | Factores |
| Último año de servicio docente | asignación básica de 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 (Artículo 1° de la Ley 62 de 1985) | El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993) | asignación básica mensual de gastos de representación prima técnica, cuando sea factor de salario primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario remuneración por trabajo dominical o festivo bonificación por servicios prestados remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994) |
| (literal B numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1° de la Ley 33 de 1985) | De acuerdo con el artículo 8° de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los actores enlistados. | | |

¹⁵ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Reglas de Unificación sobre el I.B.L. en Pensión de Jubilación y Vejez de los docentes: De todo lo expuesto extrajo las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

*“De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*

a. 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 (...).

4.3. De los Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales.

4.3.1 De las mesadas pensionales adicionales.

Del recuento de las normas que reglamentan el tema observamos que la Ley 4ª de 1976⁸ estableció⁹, en forma general para todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial y privado, una mesada adicional pagadera cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, prerrogativa que hoy se halla en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993.

Entre tanto el literal b¹⁰, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹¹ establecía desde entonces, para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una mesada adicional a mitad de año. Posteriormente, el Sistema de Seguridad Social Integral -Ley 100 de 1993¹²- en los artículos 50¹³ y 142¹⁴, indicó que los pensionados tendrían mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

4.3.2 De las cotizaciones para salud.

A partir de la Ley 4ª de 1966 los pensionados afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, cotizaban mensualmente el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional con destino dicha caja¹⁶, a fin de que ellos y sus familiares pudieran disfrutar de todos los servicios médicos¹⁷.

Por su parte el Decreto 3135 de 1968, en relación con la asistencia médica, para pensionados, estipuló una cotización mensual de un cinco por ciento (5%) de la pensión¹⁹. El mismo porcentaje de cotización para acceder al derecho a la atención se determinó²⁰ en el Decreto 1848 de 1969²¹ y luego en el numeral 5º, artículo 8²² de la Ley 91 de 1989, incluidas las mesadas adicionales.

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 dispuso, que 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 que establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003²⁴, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

A su vez, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 sobre la cotización para salud en general, establece que el monto y la distribución de las cotizaciones al régimen contributivo de salud a partir del primero (1º) de enero del año 2007, es del 12,5% del ingreso o salario base de cotización. Ahora, los pensionados deben cotizar para salud el 12% de la respectiva mesada y corre por su cuenta la totalidad del mencionado aporte.

4.3.3 De los Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales.

En primer lugar, el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 prohibió los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

Posteriormente la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, norma que frente a los pensionados en su artículo 8º estableció como fuente de sus ingresos el 5% de cada mesada pensional devengada por el beneficiario, incluyendo las adicionales.

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002, en el artículo 1º reguló los descuentos en las mesadas pensionales respecto de las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos de empleados o de cooperativas; y sobre estas deudas sí consagra la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas adicionales. Es decir que la citada norma y la prohibición en ella contenida, se refiere únicamente a los descuentos que ella misma permite, esto es, se reitera, deudas a favor de organizaciones gremiales a fondos de empleados y cooperativas.

Tal argumento fue expuesto por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia del 24 de enero de 2019, al interpretar el artículo 1° del Decreto 1073 de 2002 concluyó que el mismo no se “refiere a las cotizaciones obligatorias en salud; sino lo que se pretende con la norma es proteger al empleado para que en un solo mes no se le hagan dos descuentos destinados a pagar los créditos que están permitidos a los pensionados. Si bien es cierto, hay que aceptar que la disposición no está escrita de manera clara, examinada en contexto permite la hermenéutica que se realiza. Igualmente, por lo que tal decreto señala reglamentar el contenido de las Leyes 71 y 79 de 1988, que fueron dictadas antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y que no se relacionan con los aportes obligatorios en salud.”

Como se dijo en el capítulo anterior, el artículo 81³¹ de la Ley 812 de 2003 dispuso que 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 que establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. La reforma introducida por la citada ley no puede considerarse que sustituyó el régimen pensional de los docentes, toda vez que el objetivo del inciso 4° del artículo 81 de dicha norma, fue fijar el porcentaje de cotización para pensión que debían aportar los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero desde ninguna óptica pretendió la vinculación de dichos docentes al Sistema General de Pensiones, pues tal remisión fue únicamente para establecer la tasa o porcentaje de cotización de los servicios de salud por parte de los pensionados, que en el régimen de los docentes era del 5%, porcentaje sustancialmente inferior al 12% que correspondía financiar a los afiliados del régimen general, cuya diferencia representaba un riesgo para el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud³²; bajo este panorama, la remisión aludida no puede considerarse extensiva a aspectos como las mesadas pensionales posibles de los descuentos o el destino de estos últimos³³.

Así las cosas, las mencionadas deducciones al igual que aquellas realizadas en las mesadas ordinarias, están destinadas a la sostenibilidad de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y este criterio respeta los cometidos estatales en relación a la seguridad social que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal.

En este orden de ideas, queda claro que el porcentaje de cotización a financiar por parte de los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponde al doce por ciento (12%) del valor de la respectiva mesada pensional, ordinaria o adicional, en armonía con las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 797 y 812 de 2003.

4.3.4 Del cambio de criterio en relación con los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales.

De acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Además, en este artículo se establecen como criterios auxiliares de la actividad judicial la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

En lo que toca a la jurisprudencia como precedente judicial, la Corte Constitucional la define como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

Asimismo, la doctrina precisa que es un mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares.

Por su parte, el artículo 7º de la Ley 1564 de 2012, establece que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Pero cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.”

Ahora, en el presente caso las distintas Subsecciones que conforman la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostienen criterios interpretativos radicalmente ambivalentes respecto a la interpretación de la norma que autoriza los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales adicionales.

En consideración a lo señalado, este Despacho si bien accedía a la pretensiones del caso que nos ocupa, lo cierto es que en virtud de la autonomía que le asiste al operador judicial en adelante acogerá el precedente aplicable por las Subsecciones A, E y F, con el propósito de armonizar el derecho fundamental a la igualdad, por cuanto por aplicación de los principios constitucionales de solidaridad, orden justo y de

sostenibilidad financiera y fiscal del Sistema de Seguridad Social en Salud es el criterio que mejor se ajusta, aclarando que si bien en casos similares al presente, con antelación se venía acogiendo la tesis de que las deducciones por concepto de la prestación de servicios de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, tratándose de los docentes adscritos al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no debían efectuarse, debido a que no existía en el ordenamiento jurídico positivo disposición que permitiera efectuarlos, en la actualidad el despacho varió este criterio.

Cabe resaltar que la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en casos como el presente inicialmente accedía a las pretensiones de la demanda, pero en providencias recientes cambió su posición, en el siguiente sentido “*...Sin embargo, esta Corporación, en Sala de decisión mayoritaria acoge la posición conforme a la cual los descuentos realizados por La Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas adicionales de los pensionados docentes se encuentran ajustados a derecho, bajo la premisa de que dichas deducciones, al igual que aquellas realizadas en las mesadas ordinarias, están destinadas a la sostenibilidad de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se efectúan en virtud de un mandato legal y en observancia al principio de solidaridad que también rige este sistema*³⁴...”.

Por su parte la Subsección A del mismo Órgano, al decidir un recurso de apelación contra una sentencia de primera instancia que negó el reintegro de los descuentos de las mesadas adicionales de los docentes, confirmó dicha providencia bajo el argumento que el artículo 1° del Decreto 1073 de 2002 se “*...refiere a los descuentos que ella misma permite; esto es, los que tienen que ver con las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos de empleados o de cooperativas; y sobre estas deudas sí consagra la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas adicionales.*(...) *Pero interpreta la Sala no refiere a las cotizaciones obligatorias en salud; sino lo que se pretende con la norma es proteger al empleado para que en un solo mes no se le hagan dos descuentos destinados a pagar los créditos que están permitidos a los pensionados*³⁵...”.

Todavía cabe señalar que la Subsección F del mismo Tribunal sostuvo que “*...La Sala estima, luego de revisar los argumentos de la apelación, las pruebas obrantes en el expediente y la sentencia de primera instancia, que debe confirmar dicha providencia que denegó la pretensión de reintegro de las cotizaciones por salud efectuadas en las mesadas adicionales, considerando que la demandante se vinculó como docente antes del 27 de junio de 2003, razón por la cual le es aplicable el numeral 5° del artículo 8°*

de la Ley 91 de 1989 que ordena de manera explícita el descuento sobre las mesadas pensionales, incluidas las adicionales...”.

En consonancia con lo anterior, si bien este Despacho en anteriores casos similares al presente, venía acogiendo la tesis de que las deducciones por concepto de la prestación de servicios de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, tratándose de los docentes adscritos al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no eran procedentes, por cuanto no existía en el ordenamiento jurídico positivo disposición que permitiera efectuarlos, este Despacho en aplicación del precedente vertical, acoge la posición de las Subsecciones A, E y F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según el cual los descuentos realizados por la Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas adicionales de los pensionados docentes se encuentran ajustados a derecho, por las razones anteriormente expuestas.

Análisis del Caso concreto. Conforme se evidencia de las pruebas aportadas al expediente se observa que el señor **JOSE ANTONIO GARAVITO FIGUEREDO**, le fue reconocida Pensión de Jubilación mediante Resolución No. 5497 de 16 de marzo de 2006, acreditando su estatus de pensionado el día 08 de febrero de 2006.

De acuerdo con lo expuesto, y de conformidad con la sentencia de unificación tantas veces reseñada, al encontrarse vinculado el demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen del que es beneficiario el demandante es el contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, el cual cumplió a cabalidad. Expuestas las consideraciones preliminares procede el despacho a resolver el caso concreto.

En el presente proceso se observa que lo pretendido por el demandante es que se re liquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio, esto es, con la inclusión de la **prima de servicio**.

Así las cosas, corresponde a esta Judicatura analizar, si el extremo activo de esta Litis tiene derecho a que se le re liquide su pensión de jubilación con la inclusión del citado emolumento devengado en el año anterior al retiro definitivo del servicio, atendiendo la nueva pauta jurisprudencial indicada por nuestro órgano de cierre.

Pues bien, de acuerdo con el certificado de salarios, visible a folios 96-97, se observa que el demandante devengó los siguientes factores salariales: **sueldo, prima de alimentación, prima especial, prima de servicio, bonificación decreto,**

prima de vacaciones y prima de navidad. Cabe resaltar que en el mismo certificado en la parte inferior se señala sobre qué factores cotizó el docente para seguridad social, entre los cuales encontramos **sueldo, prima de alimentación y prima de vacaciones.**

Ahora bien, al revisar con detenimiento las resoluciones que reconocieron y reliquidaron la pensión del actor se observa que le fueron tenidos en cuenta los siguientes factores salariales, que para mayor claridad se ilustran a continuación:

| Resolución 5497 de 26 de diciembre de 2006 | Resolución No. 7580 de 11 de diciembre de 2012 | Resolución 8818 de 07 de diciembre de 2016 |
|---|---|---|
| Asignación básica | Asignación básica Prima de alimentación Prima especial Prima de vacaciones Prima de navidad | Bonificación por servicios prestados |
| Factores sobre los cuales cotizó el demandante | | |
| Sueldo, prima de alimentación, prima de vacaciones y bonificación decreto | | |

Por lo tanto, al demandante no le asiste el derecho a que se le re liquide nuevamente su pensión, debido a que los factores sobre los cuales cotizó para pensión en el año anterior al retiro definitivo del servicio fueron tenidos en cuenta al momento de ordenar la reliquidación pensional y así quedó señalado en las resoluciones citadas.

Por lo tanto, en lo que respecta al caso bajo estudio **NO** resulta procedente acceder a las súplicas de la demanda, como quiera que al actor ya le fue efectivamente reconocidos los factores salariales sobre los cuales **cotizó** para seguridad social, los cuales se encuentra acreditados en el formato único para expedición de certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación de fecha 10 de septiembre de 2018.

Según la perspectiva expuesta, esta célula Judicial acoge la postura del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, en la cual se desvirtúan de manera clara y precisa los argumentos que anteriormente habían servido de base para ordenar la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados por el actor, lo que a su vez implica, que se cierra el paso para retomarlos o esgrimirlos, pues,

ya fueron considerados por la Alta Corporación, tal como quedó visto¹⁶. Adicionalmente, *la prima de servicios* no se encuentra enlistada en el artículo 1° de la Ley 62 de 1962, por lo tanto, conforme a la sentencia de unificación antes citada no hay lugar a su inclusión.

De los descuentos en salud. Con relación a los descuentos en salud, está demostrado que el señor José Antonio Garavito Figueredo al ser beneficiario del régimen prestacional de los docentes oficiales contemplado en la Ley 91 de 1989, tiene la obligación de contribuir con los aportes legales correspondientes, no solo sobre las mesadas ordinarias, sino también de las adicionales, como se indicó en el acápite de normas y precedente jurisprudencial aplicables.

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 resulta legal, justo y equitativo que quienes se sirven de estos beneficios contribuyan con la financiación de los recursos necesarios para dicha cobertura, de acuerdo con el importe que la norma ha fijado para el efecto.

De otra parte, se resalta que la 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 ordinarias y adicionales, en tanto las mismas continúan siendo reguladas por lo contemplado en el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989.

Finalmente, se precisa que la prohibición del párrafo único del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, que el demandante considera conculcada, no guarda relación con el régimen que cobija a los docentes oficiales, pues su objeto fue reglamentar las Leyes 71 y 79 de 1988 y respecto a la imposibilidad de afectar las mesadas adicionales, el mencionado decreto quiso referirse a otro tipo de obligaciones como créditos, deudas y cuotas destinadas a asociaciones gremiales, cooperativas y fondos de empleados, diferentes a las legales o reglamentarias que el afiliado debe asumir en su condición de pensionado, *verbi gratia*, los servicios de salud; previsión que en modo alguno modificó la Ley 91 de 1989 o el régimen de pensiones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

16 Véase que la sentencia del Consejo de Estado, del 25 de abril de este año, dejó sentado que sus efectos aplican solo para las pensiones que están próximas a liquidarse o aquellas frente a las cuales están en curso demandas.

Conclusión: En este orden de ideas se negarán todas las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta la variación de la línea jurisprudencial que venía sosteniendo la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, modificación en el entendimiento que la pensión ordinaria de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar el régimen de la Ley 33 de 1985 y respecto del I.B.L., se tomarán en consideración sólo aquellos factores enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, junto con los factores ya reconocidos al actor, en aplicación del principio de favorabilidad. También, considerando que, por las razones expuestas, con base en las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003 y 1250 de 2008, para el Despacho no resulta procedente ordenar la suspensión y reembolso de los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.

En consecuencia, los Actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los ampara.

3.4. Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018¹⁷, de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia citada, encuentra este Despacho que nos encontramos frente al escenario de dos pensionadas que fueron vencidas en juicio a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación sobre qué factores deben tenerse en cuenta para efectos de su liquidación o reliquidación pensional, la cual se presenta en desarrollo del trámite procesal.

17 “a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas a las demandantes conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda frente a la pretensión de reliquidación de la pensión del demandante por las razones expuestas en la parte motiva de presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR la suspensión y el reintegro de los valores solicitados frente a la pretensión de descuentos en salud realizada sobre las mesadas pensionales adicionales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones indicadas en esta providencia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase a los interesados el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ

MAM

Firmado Por:

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 3 de febrero de 2021 a las 8:00 a.m. y se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C. -SANTAFE DE BOGOTA

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: **93d30207c79c1b44933bb9873129055db5b45839b7af6de5bf61b1437cee4f87**

Documento generado en 28/01/2021 04:22:26 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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