



**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, veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2019-0208-00
Demandante:	LILIANA MERCEDES OSORIO URBINA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A

Tema: *Reliquidación de pensión invalidez – Factores salariales aplicables
Descuentos en salud y prima de medio año*

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 artículo 42 de la Ley 2080 de 2021,¹ y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones. La demandante solicita se declare la nulidad de la Resolución 2387 de 29 de marzo de 2019, proferida por la Secretaria de Educación de Bogotá

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.

D.C, acto administrativo por medio del cual se negó la revisión de la pensión de invalidez como también la suspensión y reintegro de los descuentos efectuados por concepto de seguridad social (salud).

Igualmente, solicita que se configure la existencia del silencio administrativo, y en consecuencia se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Fiduciaria la Previsora, como quiera que guardó silencio respecto de la petición E-2019-44587 /2019-PENS-712661 de 6 de marzo de 2019, respecto del reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Además solicita se configure la existencia del silencio administrativo, y en consecuencia se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A y la Secretaría de Bogotá, en tanto no se pronunciaron sobre la petición de descuentos por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales, solicitadas mediante petición No. 20190320261762 de 29 de enero de 2019.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a las entidades demandadas a proferir acto administrativo por medio del cual se reconozca y pague a su favor: i) el reajuste de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta para tal efecto todos los factores salariales devengados en la fecha de retiro por invalidez de conformidad con el Decreto 1848 de 1969 y Decreto 3135 de 1968, iii) el reintegro de los valores descontados en exceso para salud en la mesada adicional de junio y diciembre de cada año desde que se causó la pensión hasta el momento de la sentencia, iii) ordenar a las entidades demandadas a suspender los descuentos por seguridad social (salud) sobre las mesadas pensionales adicionales de cada año que se causa a partir de la sentencia, iv) ordenar el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Finalmente, solicita se conde a las entidades a pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de los reajustes solicitados de la pensión de invalidez, aplicando lo certificado por el DANE, desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago.

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

- a. Afirma la accionante que nació el **3 de mayo de 1964** y que fue docente vinculada al servicio público de educación desde el **2 de abril de 1991** hasta el **25 de agosto de 2017**.
- b. Mediante certificado médico expedido por el Medicolsalud le fue decretada una pérdida de capacidad laboral, con un porcentaje del **83%** estructurada a partir del 10 de agosto de 2016.
- c. La Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución **No. 1339 de 26 de julio de 2017**, retiró del servicio a la demandante por invalidez, a partir del 25 de agosto de 2017.
- d. Mediante **Resolución No. 5671 de 4 de agosto de 2017**, se reconoció una pensión de invalidez con efectos fiscales a partir del 25 de agosto de 2017; incluyendo para ello la asignación básica, la prima especial, la bonificación decreto, la prima de vacaciones y la prima de navidad, correspondiente a lo devengado en el año 2016, quedando excluida la prima de servicios.
- e. La demandante el 6 de marzo de 2019 presentó petición ante el Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitando la revisión de su pensión de invalidez con el fin que obtener el reconocimiento de la totalidad de los factores salariales devengados en el momento del retiro por invalidez acorde con lo establecido por la ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969, así mismo solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de cada año.
- f. El Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió la **Resolución No. 2387 de 29 de marzo de 2019**, por medio de la cual se negó la solicitud deprecada por la demandante; sin embargo, no se pronunció sobre la prima de medio año establecida en la ley 81 de 1989.
- g. La demandante con petición de 29 de enero de 2019, radicado 2019320261762 de 29 de enero de 2019, solicitó a la Fiduciaria la Previsora S.A, el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales.

2.3. Normas violadas y concepto de violación. Como normas violadas de rango constitucional cita los artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53 y 228 y de rango legal la Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Ley 4 de 1966, Ley 5ª de 1968, Ley 62 de 1985, Ley 71 de 1988, Decreto 3135 de 1969 y 1848 de 1969, por cuanto se trata de una pensión regulada por normas especiales.

Manifestó que está demostrado que la demandante fue vinculada a la Secretaría de Educación con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, siendo de aplicación la Ley 91 de 1989.

Ademas que en el caso bajo examen, se dejó de aplicar lo establecido en la Ley 91 de 1989, referente al régimen prestacional de los docentes nacionalizados; de igual manera, se aplicó en forma errónea la Ley 812 de 2003, que contemplan los requisitos y la firma como debe liquidarse la pensión de invalidez, que goza de un régimen especial y que es más favorable al pensionado; sin embargo, sostiene que la entidad demandada aplicó normas procedimentales diferentes, que dieron lugar a la negación de la revisión de la pensión y que son desfavorables en cuanto a la validez probatoria y de la forma de la liquidación.

Asegura que la demandante cumplió con los requisitos legales para ser beneficiaria de la revisión de la pensión de invalidez regida por el régimen especial, en cuantía equivalente al 75%, del salario mensual devengado al momento del cumplimiento del retiro por pérdida de la capacidad laboral. Finalmente, solicita del despacho se declare la nulidad total o parcial de los actos administrativos enunciados y se restablezca el derecho que le asiste a la demandante.

2.4. Actuación procesal. La demanda se presentó el 15 de mayo de 2019 y a través de providencia de 11 de octubre de 2019, se admitió la misma por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 18 de febrero de 2020, fue notificada mediante correo electrónico las partes demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. El Ministerio de Educación Nacional, contestó la demanda ejerciendo su derecho de defensa y contradicción, no obstante, no presentó excepciones previas.

La Fiduciaria la Previsora en su escrito de contestación, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se declaró no probada en auto de fecha 30 de abril de 2021.

Cumplido lo anterior, a través de auto de 3 de diciembre de 2021, el Juzgado 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 y Fiduciaria la Previsora. 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 la Ley 91 de 1989 señaló en su artículo 15, que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes nacionales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se efectuará de acuerdo con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial; en tanto que, para los docentes nacionalizados vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, reguladas anteriormente por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

No obstante, con la aparición de la Ley 33 de 1985, las disposiciones del artículo 27 de decreto 3135 de 1968 y aún las del literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, fueron derogadas, siendo aplicable actualmente a los empleados oficiales de todos los órdenes, lo previsto en el artículo 1º y 25 de la Ley 33 de 1985, frente a la pensión ordinaria de jubilación. Siendo así las cosas, ha sido aceptado que el régimen prestacional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la expedición de la Ley 812, es decir, al 27 de junio de 2003.

Solicita del despacho se tenga en cuenta la sentencia de Unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado en la cual menciona, que sólo se deben tener en cuenta para liquidar la mesada pensional, los dineros efectivamente cotizados al fondo pensional a fin de no afectar los principios de sostenibilidad financiera, sostenibilidad fiscal y economía. Así como tener en cuenta, la buena fe que ha tenido la administración pues de manera voluntaria reliquidó la pensión de vejez, buscando proteger los derechos laborales del pensionado.

Con respecto a los descuentos en salud señaló 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, expuso que dicha disposición no implica que este descuento no pueda efectuarse a las mesadas adicionales que estos devenguen.

Y en atención a la prima de medio año señaló que los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tiene derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo en mención”. Por las razones expuestas, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

Presentó como excepciones de mérito las siguientes:

- Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad
- Precedente Judicial y fuerza vinculante
- Inaplicabilidad de intereses de mora
- Cobro de lo no debido
- Prescripción de mesadas
- Compensación
- Sostenibilidad financiera

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 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.

Presentó como excepciones de mérito las siguientes:

- Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad
- Precedente Judicial y fuerza vinculante
- Inaplicabilidad de intereses de mora
- Cobro de lo no debido
- Prescripción de mesadas

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 Alegatos parte demandante.

Presentó sus alegatos de conclusión solicitando del despacho se accedan a todas y cada una de las pretensiones, señalando que el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, dentro del expediente N°. 68001233300020150056901(0935-17), en la cual se analizó el Ingreso Base de Liquidación en el régimen pensional de jubilación de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, los cuales son exceptuados del Sistema Integral de seguridad Social, por cuanto no son sujetos de la transición pensional, y en consecuencia se desarrolla lo correspondiente a una pensión de Jubilación regida bajo la Ley 33 de 1985 llegando a la conclusión que estos pensionados no gozan de ninguna especialidad en el tema prestacional y para efectos de realizar la liquidación pensional se deben remitir a la Ley 62 de 1985, teniendo en cuenta los factores que señala en su artículo primero siempre y cuando se haya cotizado sobre los mismos; no obstante no se hizo ninguna referencia a la pensión de invalidez.

Finalmente, con respecto a los descuentos en salud, manifestó conocer la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado SUJ – 024 de 2021, mediante la cual se llegó a la conclusión de que es procedente realizar los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales devengadas por los docentes, sin embargo, se atiene a lo que resuelva el despacho.

2.6.2 Alegatos parte demandada- La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Y Fiduciaria la Previsora S.A.

Presentó sus alegatos de conclusión solicitando del despacho se nieguen todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se siga la línea trazada el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-024-CE-S2-2021 que puntualmente en el sentido de precisar que son procedentes los descuentos con

destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales.

Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

Además, se opuso a que se ordene la reliquidación de la pensión de la demandante porque se trata del control de legalidad de los actos proferidos por la administración, los cuales están revestidos de una presunción de legalidad que los ampara y que debe ser desvirtuada por quien pretenda desconocerla y en términos legales y de acuerdo con el régimen probatorio le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, situación que dentro de los procesos que aquí se adelantan no se ha dado.

Finalmente resaltó que la misma sentencia le es aplicable a la solicitud de reliquidación pensional para contingencias de *invalidez*, ya que no existe una norma que disponga lo contrario, y en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establece que la liquidación del IBL pensional se basa en los factores sobre los cuales se hayan realizado los respectivos aportes a seguridad social en pensiones. Adicional a lo anterior, por analogía y al tratar la sentencia de IBL pensión docente, nada se dijo diferente a la pensión de jubilación.

2.6.3 Concepto del Ministerio Público. El delegado del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

4. 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.

4.1. Problema Jurídico. Consiste en determinar:

Si hay lugar a declarar la nulidad de la **Resolución 2387 de 29 de marzo de 2019**, proferida por la Secretaria de Educación de Bogotá D.C, por medio del cual se negó la revisión de la pensión de invalidez como también la suspensión y reintegro de los descuentos efectuados por concepto de seguridad social (salud).

Igualmente, el despacho debe determinar si se configuró el silencio administrativo, y en consecuencia se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Fiduciaria la Previsora, como quiera que guardó silencio respecto de la petición E-2019-44587 /2019-PENS-712661 de 6 de marzo de 2019, acerca del reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Además si se configuró el silencio administrativo, y en consecuencia se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A y la Secretaría de Educación de Bogotá, en tanto no se pronunciaron sobre la petición de descuentos por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales solicitadas mediante petición No. 20190320261762 de 29 de enero de 2019.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a las entidades demandadas a proferir acto administrativo por medio del cual se reconozca y pague a su favor:

- i)** El reajuste de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta para tal efecto todos los factores salariales devengados en la fecha de retiro por invalidez de conformidad con el Decreto 1848 de 1969 y Decreto 3135 de 1968.
- ii)** El reintegro de los valores descontados en exceso para salud en la mesada adicional de junio y diciembre de cada año desde que se causó la pensión hasta el momento de la sentencia.
- iii)** Ordenar a las entidades demandadas a suspender los descuentos por seguridad social (salud) sobre las mesadas pensionales adicionales de cada año que se cause a partir de la sentencia.

- iv) Ordenar el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

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.

5. NORMATIVIDAD APLICABLE

5.1 Régimen pensional de invalidez de los docentes oficiales: para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales del personal de docentes oficiales fue creado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la Ley 91 de 1989, la cual en sus artículos 2º y 4º estableció que:

“Artículo 2. (...) 1.1.1. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

(...)

Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2º, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación” (Resalta el Juzgado).

De otro lado, la Ley 100 de 1993 excluyó inicialmente de su aplicación a los docentes, bajo el postulado del art. 279, así: *“Artículo 279.- (...) 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 cualquier otra clase de remuneración.”* (Subraya el Juzgado).

Empero, tal exclusión de los docentes de la Ley 100 de 1993 no significa que en materia pensional tengan un régimen especial, salvo lo relacionado con la pensión gracia, por cuanto no hay norma que lo contemple.

Ahora, respecto del reconocimiento de la pensión por invalidez, los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes del 27 de junio de 2003, mantienen como régimen prestacional el establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento. La entidad así lo reconoció en el acto administrativo mediante el cual otorgó la pensión por invalidez a la demandante, esto es la **Resolución 5671 de 4 de agosto de 2017**².

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en lo pertinente dispone:

“ARTÍCULO 81. 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.

Así las cosas, no se discute que la demandante se desempeñó como docente al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., pero su vinculación se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (el 15 de febrero de 1993, como se desprende de la **Resolución 1339 de 26 de julio de 2017**, visible a folio 1 del archivo 02 del expediente digital. lo que significa que en materia pensional quedó cobijada por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

En el caso específico que nos ocupa, esto es, en lo relacionado con la pensión de invalidez, el Decreto 3135 de 1968, en su artículo 23 estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 23: PENSION DE INVALIDEZ. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado, mientras la invalidez subsista, así:

a) El 50% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea el 75%;

b) Del 75%, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance el 95%;

c) El 100% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%.”

(Subrayado del Juzgado).

² Ver folio 6 del archivo 02 del expediente digital.

De otro lado, el Decreto reglamentario 1848 de 1969 define la pensión de invalidez en su artículo 61 de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 61. Definición. 1. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido el empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente.

2. En consecuencia, no se considera inválido el empleado oficial que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%)”. (Destaca el Juzgado)

El artículo 63 del mismo decreto, indicó el monto de la pensión, teniendo como punto de referencia el porcentaje de la invalidez, así:

“ARTÍCULO 63. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ: Cuantía de la pensión. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el segundo salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

- a) Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.*
- b) Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar de noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.***
- c) Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable.”.*

Para el caso de autos, el porcentaje indicado en el citado literal b) fue el que la entidad aplicó a la demandante, por haber acreditado una pérdida de capacidad laboral del **83%**, tal y como se consignó en la parte considerativa de la **Resolución N° 1339 de 26 de julio de 2017**, a través de la cual se retiró del servicio a unos docentes.

La Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado³, en providencia del año 2011, con ocasión de un caso similar indicó el régimen pensional aplicable cuando el beneficiario de la pensión de invalidez es un docente oficial.

Allí se indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fueron excluidos expresamente del contenido de la Ley 100 de 1993 por virtud de lo dispuesto en su artículo 279, razón por la cual el régimen de los docentes se gobiernan por la normatividad general vigente con anterioridad a la expedición de dicha ley. En ese sentido, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 se aplican en materia de pensión de invalidez por riesgo común en cuanto a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En la citada providencia se estudió un caso en el cual una docente que había fallecido “consolidó en vida el derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, toda vez que la calificación médica respectiva ... determinó la pérdida de su capacidad laboral en un 97% desde el 12 de julio de 1999, cuadro médico progresivo que se mantuvo hasta la fecha de su deceso”, razón por la que el Consejo de Estado le ordenó el reconocimiento de la prestación reclamada en cuantía del 100% del último salario devengado. (Subrayado del Despacho).

La anterior postura fue reiterada en el año 2014⁴. Allí se estimó que el régimen aplicable para el reconocimiento de la pensión de invalidez de los docentes oficiales se determina por el momento de su vinculación al servicio y, para efecto de establecer el ingreso base de liquidación debe tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Así lo indicó el órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

“... tratándose del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a favor de un docente oficial, resulta necesario verificar el momento de su vinculación al servicio para efectos de determinar el régimen pensional aplicable. En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la vinculación se registró con

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, sentencia del 21 de noviembre de 2011, Rad. No. 25000 23 25 000 2008 00425 01 (0518-11), Actor: Nubia Consuelo Delgado Sanabria, Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 13 de noviembre de 2014, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. N°: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13), accionante: Leonel Hernández Hernández, accionado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

(...) Estima la Sala que la liquidación de la prestación pensional por invalidez reconocida a un docente oficial debe tener en cuenta, en su ingreso base de liquidación, la totalidad de los factores salariales devengados por éste durante el último año en que prestó efectivamente sus servicios. Lo anterior, en consideración a lo dispuesto en la Ley 65 de 1946, Decreto 1848 de 1969, la Ley 4 de 1966, el Decreto 1743 de 1966 (...)” (Resalta el Juzgado).

De lo anteriormente expuesto, se concluye que la liquidación de la pensión de invalidez deberá efectuarse con el promedio mensual del último año de servicios, en el monto establecido en el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969⁵, según sea el caso, por lo cual teniendo en cuenta que la incapacidad laboral de la actora esta computada en un **83%**, la reliquidación de la pensión deberá liquidarse con base en el **75%** del promedio mensual obtenido durante el último año de servicios.

Teniendo claro que el régimen pensional aplicable a la parte demandante es la Ley 91 de 1989 que remite expresamente a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, corresponde ahora determinar los factores que se deben tener en cuenta en la base de liquidación pensional y para ello se recurre al artículo 45⁶ del Decreto 1045 de 1978.

Con la expedición del Decreto 1045 de 1978, se fijaron las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, así:

“Artículo 1º. DEL CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto fija las reglas generales a las cuales debe sujetarse algunas Entidades de la administración pública del orden nacional para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales señaladas por la ley para su personal. Estas reglas no se aplican al personal de las fuerzas militares y de policía que tenga un régimen de prestaciones especial.

(...)

⁵ ARTICULO 63. CUANTÍA DE LA PENSIÓN: El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.

b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar del noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.

c. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable.

Artículo 4º. DEL MÍNIMO DE DERECHOS Y GARANTÍAS PARA LOS TRABAJADORES OFICIALES. Las disposiciones del Decreto 3135 de 1968, de las normas que lo adicionan o reforman y las del presente estatuto constituyen el mínimo de derechos y garantías consagrados a favor de los trabajadores oficiales. No produce efecto alguno cualquier estipulación, que afecte o desconozca este mínimo, de derechos y garantías”.

Aunado a lo anterior, la normativa en cita determinó las partidas computables para efectos de la liquidación de pensiones y cesantías, de la siguiente manera:

“Artículo 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago de auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;*
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c. Los dominicales y feriados;*
- d. Las horas extras;*
- e. Los auxilios de administración y transporte;*
- f. La prima de navidad;*
- g. La bonificación por servicios prestados;*
- h. La prima de servicios;*
- i. Los viáticos que reciben los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días del último año de servicio.*
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto ley 710 de 1978;*
- k. La prima de vacaciones;*
- l. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968”.*

En virtud de lo anterior, la pensión se debe reconocer incluyendo los factores señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y por lo tanto su pensión debió ser liquidada con el setenta y cinco (**75%**) del salario promedio que devengó en el último año de servicio y con los factores citados anteriormente, por cuanto en este caso se determinó que la capacidad laboral del actora había sufrido una mengua del **83%**.

El Despacho ha seguido la interpretación del H. Consejo de Estado en cuanto a los factores que deben incluirse en la base de liquidación pensional, así las cosas considera que la parte demandante tiene derecho a que se le liquide su pensión de invalidez, con la totalidad de los factores que percibió durante el último año de servicios, amén de que el artículo 2º de la Ley 5ª de 1969, autoriza en las liquidaciones pensionales que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, incluir como

asignación actual, “*el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios*”.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, sostuvo respecto al Decreto 1045 de 1978, que se debe precisar que dicha disposición:

“... establece unos factores salariales para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, lo cual no puede tomarse como una relación taxativa de factores, sino que es una enunciación que no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador.

Para la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario, sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, como son la asignación básica, gastos de representación, dominicales y festivos, prima de servicios, entre otros, más los que reciba el trabajador, que aunque no se encuentren señalados taxativamente, sean cancelados de manera habitual como retribución de sus servicios y no las sumas que se pagan ocasionalmente que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentado, naturaleza propia de las prestaciones sociales.” (Subrayado del Juzgado).

En lo concerniente a este último aspecto, el Consejo de Estado, de manera reciente en sentencia del 11 de mayo de 2017, dentro del expediente N° **20001-23-33-000-2013-00222-01(1668-15)**, con ponencia de la Dra. SANDRA LISSETH IBARRA, indicó:

“Tratándose de la pensión de invalidez a favor de un docente oficial, resulta necesario verificar el momento de su vinculación al servicio para efectos de determinar el régimen pensional aplicable. En efecto, cuando uno de los apartes de la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, es decir para los docentes que venían vinculados antes de la entrada en vigencia de la citada norma, se refiere a lo dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968, su reglamentario 1848 de 1969 y en el Decreto Ley 1045 de 1978, ya citados en este capítulo.”

No obstante todo lo expuesto, debe precisar el Juzgado que las vacaciones o su pago en dinero no constituye un factor salarial a tener en cuenta en la liquidación de la pensión sea de jubilación o de invalidez. Así lo estableció el Consejo de Estado⁸, al expresar:

⁷ *Ibíd.* Similar interpretación realizó el Consejo de Estado en la sentencia del 04 de agosto de 2010 al referirse a que los factores de salario relacionados por la ley 33 de 1985 no es taxativa y debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión todo lo devengado por el trabajador como retribución de sus servicios. (Expediente 0112-2009 C.P Víctor Alvarado)

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de abril de 2017, Rad. No.: 66001-23-33-000-2014-00476-01(0674-16), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

“(...) La Sala se permite precisar, que las vacaciones constituyen un derecho del trabajador a recibir un descanso remunerado, que no tienen carácter prestacional, puesto que no son un auxilio del patrono, como tampoco carácter salarial, al no retribuir un servicio prestado, por lo tanto el sueldo de vacaciones no se puede incluir dentro de la base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante (...)”

En conclusión, la pensión de invalidez para los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 sigue sometida al régimen legal anterior que no es otro que el contenido en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, como ya se explicó.

5.2. De los descuentos en salud

5.2.1 De las mesadas pensionales adicionales. Del recuento de las normas que reglamentan el tema observamos que la Ley 4^a de 1976⁹ estableció¹⁰, 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 b¹¹, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹² 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 1993¹³- en los artículos 50¹⁴ y 142¹⁵, indicó que los pensionados tendrían mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

9 Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.

10 Artículo 5° Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto.

11 “B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 10. 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.”

12 Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

13 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

14 ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

15 ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

5.2.3 De las cotizaciones para salud. A partir de la Ley 4^a de 1966¹⁶ los pensionados afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, cotizaban mensualmente el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional con destino dicha caja¹⁷, a fin de que ellos y sus familiares pudieran disfrutar de todos los servicios médicos¹⁸.

Por su parte el Decreto 3135 de 1968¹⁹, en relación con la asistencia médica, para pensionados, estipuló una cotización mensual de un cinco por ciento (5%) de la pensión²⁰. El mismo porcentaje de cotización para acceder al derecho a la atención se determinó²¹ en el Decreto 1848 de 1969²² y luego en el numeral 5^o, artículo 8²³ de la Ley 91 de 1989, incluidas las mesadas adicionales.

El artículo 81²⁴ 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

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró exequible el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48, y 53 de la Carta Política y se asegure a los maestros vinculados antes del 1^o de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, también se pronunció en relación con la prima de mitad de año que le conceden a los pensionados del Magisterio, prevista en el literal b, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y concluyó que es la misma mesada adicional prevista ahora en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

16 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.

17 Parágrafo único del artículo 2 de la Ley 4^o de 1966.

18 Artículo 7^o, *ibíd.*- Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas, tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento 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. (El presente artículo sobre cobertura familiar, fue subrogado por el artículo 163 Ley 100 de 1993 en cuanto al régimen que contempla. Radicación 659 de 1994. Sala de Consulta y Servicio Civil).

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

20 Artículo 37^o.- Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión.

21 Artículo 90^o.- Prestación asistencial:

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

... 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.

22 Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

23 “El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos: (...) 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados”.

24 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.

establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003²⁵, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

A su vez, el artículo 204²⁶ 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 (1°) 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.

Recientemente, el Consejo de Estado en sentencia de **Unificación de 3 de junio de 2021**²⁷, sentó postura sobre la procedencia de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales, señalando lo siguiente:

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

25 La Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004, sobre la cotización para salud de los pensionados afiliados a Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sostuvo que en las disposiciones anteriores los pensionados cancelaban una cotización menor y actualmente "(...) conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada..."

26 ARTÍCULO. 204.-Monto y distribución de las cotizaciones (Modificado por el art. 10, Ley 1122 de 2007). La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8,5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

(Inciso adicionado por el art. 1, Ley 1250 de 2008). La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008. (El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430 de 2009) (Negrillas fuera de texto original)

27 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-2018) Demandante: JOSÉ JULIÁN GUEVARA PARRA Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Conforme a lo expuesto, se evidencia que se mantiene la postura que venía siendo adoptada por esta judicatura, esto es, la de negar las pretensiones de la demanda con respecto a esta pretensión.

5.3 De la prima de medio año

5.3.1 De la prima de medio año (o Mesada catorce)

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, la cual dispuso que el fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentran vinculados a la fecha de su expedición, aquellos docentes que se vinculen con posterioridad a la fecha de su promulgación se registrarán por el artículo 15.²⁸

Del citado artículo se infieren dos situaciones diferentes teniendo en cuenta la fecha de ingreso al servicio del docente: i) si fue antes del 31 de diciembre de 1980, el personal que cumpliera con los requisitos respectivos tendría derecho a una pensión gracia compatible con la pensión ordinaria y ii) y si lo fue después del 1º de enero de 1981, los docentes tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación reconocida bajo el régimen de los demás empleados públicos nacionales, con el beneficio consistente en una prima de medio año equivalente a una mesada pensional adicional.

Posteriormente con la entrada en vigor del Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, se crearon una serie de beneficios para los pensionados, como el contemplado en el artículo 142²⁹, el cual previó una mesada adicional en junio

²⁸ Artículo 15. 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: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 10. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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. 2. Pensiones: A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 10. 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

²⁹ ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. <Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (10) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

reconocida solamente a los pensionados a los cuales le era aplicable el régimen general; es por eso por lo que, su artículo 279³⁰, excluyó de la mencionada mesada a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal y como estaba redactado el citado artículo, el mismo se tornaba discriminatorio en cuanto impedía el reconocimiento de la mesada adicional de junio al sector de pensionados cobijados por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, debido a que los mismos, se encontraban exceptuados de la aplicación del Régimen General de Pensiones.

Fue por ello por lo que el legislador, a través de la Ley 238 de 1995 y teniendo como antecedente la sentencia C-409 de 1994³¹, hizo extensiva la mesada adicional del Sistema General de Pensiones al grupo de docentes exceptuados, sin que su aplicación modificara los regímenes especiales, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 10. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo: Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.

Destaca el Despacho que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general, pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada adicional no dejó de ser un beneficio del Régimen General de Pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993; en rigor, la Ley 238 de 1995 lo que hizo fue introducir una excepción a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los

³⁰Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

³¹ La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9431 que declaró inexecutable las expresiones “actuales” y “cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988”, del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que “la desvalorización constante y progresiva de la moneda” afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

En relación con la adición de la citada ley 238 de 1995, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1857 de 22 de noviembre de 2007, C.P Enrique José Arboleda Perdomo, señaló que la mesada 14 en su momento fue una prestación propia del régimen general de pensiones que fue extendida a otros regímenes especiales, como el docente.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C- 461 del 12 de octubre de 1995, al referirse a la prima de medio año contenida en el numeral 2, literal b, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y a la mesada adicional establece en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dijo lo siguiente:

“Como puede verse, quienes son acreedores a la pensión de gracia y quienes fueron vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, cuentan con un beneficio asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, ‘gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional’, puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, ‘adicionalmente’ a la pensión de jubilación - pensión ésta que, de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-.

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre ‘una mesada pensional’ (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y ‘30 días de pago de la pensión’ (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados

a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales”.

No obstante, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005³², se introdujo una nueva reforma al sistema pensional indicando que a partir de su vigencia no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública y al Presidente de la República; pero consagró que para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, el régimen prestacional será el establecido en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1989 y normas concordantes.

Siguiendo lo anterior, es válido indicar que, por regla general, el derecho a la mesada catorce cobra vigencia para aquellos docentes cuyo derecho pensional se ha causado hasta el 25 de julio de 2005.

Por otro lado, en su párrafo transitorio 6, respecto de los beneficios pensionales el Acto Legislativo 01 de 2005 estipuló que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de su vigencia, esto es, a partir del 25 de julio de 2005, no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, estableciendo como excepción a dicha regla que aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, causada entre la fecha de entrada en vigor del citado Acto Legislativo y hasta el 31 de julio de 2011, recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año³³.

Así, la reforma constitucional señalada amplió de manera excepcional el derecho para acceder a la mesada 14 a aquellos docentes del magisterio cuyo derecho pensional se causa entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011 condicionándose al cumplimiento de los dos requisitos establecidos en precedencia, esto es, i) que la prestación se cause entre el 25 de julio de 2005 y hasta el 31 de julio de 2011 y ii) que dicha prestación no supere los 3 salarios mínimos, siendo concurrentes ambos requisitos para el acceso al citado beneficio.

En otras palabras, y de lo expuesto en precedencia queda claro que dejarán de recibir la mesada catorce, por un lado, quienes causen el derecho a pensionarse a partir del 25 de julio de 2005 y cuya mesada supere los 3 SMMLV; y por otro, quienes causen

³² Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.

³³ párrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005

su derecho a la pensión a partir del 31 de julio de 2011 cualquiera que sea el monto de la mesada respectiva.

5.3.2 De la prescripción en la reclamación de mesadas pensionales

En materia de prescripción de los derechos derivados del vínculo laboral, el Decreto 3135 de 1968 dispone en su artículo 41 que las acciones que emanen de los derechos laborales prescribirán en el término de tres (3) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación, y que el simple reclamo del escrito del trabajador sobre un derecho o prestación interrumpe la prescripción por una sola vez y por un lapso igual, situación también regulada en términos semejantes por el Decreto 1848 de 1969.

La Sección segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en sentencia de 2 de julio de 2005³⁴ señaló respecto al término prescriptivo señalado en la normatividad anterior, que a partir de la misma, es dable pregonar la interrupción de la prescripción de los derechos por un periodo máximo de seis años, (tres con anterioridad a la reclamación por vía administrativa y otros tres a partir de la misma.)

De acuerdo con lo anterior, el término de prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que el derecho se haya hecho exigible, y la interrupción se presenta en un lapso de tres años contados desde la presentación de la reclamación administrativa. En consecuencia, luego de presentada la petición de un derecho de carácter laboral, el interesado contaría con tres años para demandar el reconocimiento del derecho, a partir de la presentación de la petición, en caso de que la entidad sea renuente a dar respuesta a la misma, como sanción natural a la administración dada la configuración del silencio administrativo (art. 83 ley 1437 de 2011) bajo la consecuencia de activarse la prescripción, con el fin de evitar la pérdida del derecho a las prestaciones periódicas que llegasen a afectarse por el paso del tiempo.

Así planteadas las cosas, con posterioridad el mismo Consejo de Estado³⁵, analizando este fenómeno en un caso similar manifiesta que frente al silencio administrativo derivado de la petición inicial, esto es, tres meses a partir de la misma sin haber obtenido respuesta de la entidad, por haberse agotado el procedimiento

³⁴ Magistrado Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Radicado N° 2621-2014

³⁵ Magistrada Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado n° 150012333000201300718 01 (1218-2015)

administrativo, el accionante dispone de tres años contados a partir de la petición para ejercer la acción judicial pertinente con miras a obtener el derecho pretendido.

Corolario de lo anterior, si el interesado permite el devenir del trienio indicado, sin iniciar la correspondiente acción, se verá abocado a perder la interrupción ganada con la presentación de la petición, por obra del artículo 151 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sin embargo, habida cuenta que la ley impone una consecuencia desfavorable a la administración por la omisión en su deber de notificar la decisión que resuelva una petición, cual es la posibilidad otorgada al libelista de interponer el medio de control respectivo, en cualquier tiempo, por virtud del literal d) del artículo 164 del Estatuto Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; se interpreta esta circunstancia puntual como la pérdida del beneficio de la interrupción de la prescripción que conllevó presentar la petición, para en su lugar interrumpirse el término prescriptivo a partir de la radicación de la demanda.

Es decir que para efectos procesales, si bien la presentación de la petición posibilitó al demandante incoar el medio de control, por satisfacer el requisito de agotamiento del procedimiento administrativo, para el caso en que la respuesta de la administración derive en el acto ficto producto del silencio, no obstante la ley permite demandar en cualquier tiempo y en consecuencia escapar a la caducidad, también es cierto que producto de la presentación de la correspondiente demanda por fuera del trienio indicado, el efecto natural de ello sea la interrupción del término de la prescripción, sólo hasta este último momento.

5.3.3 De la Prescripción de la Mesada catorce

En concordancia con lo anterior, dada la naturaleza de la prestación, por recibirse una vez al año en el mes de junio, (de ahí su nombre de “prima de medio año) es posible afirmar que la causación de la misma, por cada año, tiene lugar en dicho mes, razón por la cual, para el caso puntual en que el término prescriptivo abarque el primer semestre del año, es posible declarar prescrita la mesada correspondiente a dicho año, no obstante haberse presentado la interrupción del término de prescripción en el mismo año, pero con posterioridad al primer semestre

5.3.4 De las mesadas pensionales adicionales.

Del recuento de las normas que reglamentan el tema observamos que la Ley 4^a de 1976³⁶ estableció³⁷, 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 b³⁸, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989³⁹ establecía desde entonces, para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una mesada adicional a medio año. Posteriormente, el Sistema de Seguridad Social Integral -Ley 100 de 1993⁴⁰- en los artículos 50⁴¹ y 142⁴², indicó que los pensionados tendrían mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

6. Análisis del Caso concreto.

6.1 Reliquidación pensión invalidez con inclusión de factores salariales

En el presente asunto, se pretende la nulidad de la **Resolución N° 2387 de 29 de marzo de 2019**, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de invalidez a la demandante.

36 Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.

37 Artículo 5° Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince veces el salario mínimo legal mensual más alto.

38 “B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 10. 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.”

39 Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

40 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

41 ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

42 ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró exequible el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48, y 53 de la Carta Política y se asegure a los maestros vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, también se pronunció en relación con la prima de mitad de año que le conceden a los pensionados del Magisterio, prevista en el literal b, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y concluyó que es la misma mesada adicional prevista ahora en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

A título de restablecimiento del derecho se pretende condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora S.A, a pagar el valor de las mesadas pensionales con todos los factores salariales acreditados, a partir del reconocimiento del status de pensionada de la demandante.

Ahora bien, de lo anteriormente expuesto se deduce que el régimen aplicable a la pensión de invalidez reconocida a favor de la señora **Lilia Mercedes Osorio Urbina** es el establecido por la ley 91 de 1989, toda vez que en aplicación a lo dispuesto por la ley 812 de 2003, los docentes vinculados con anterioridad a su expedición mantienen el régimen anterior, y como quiera que la fecha en que la demandante entró al servicio oficial, esto es **15 de febrero de 1993**, es anterior a la expedición de la ley 812 de 2003, necesariamente deberá atenderse en materia de pensión de invalidez, a lo normado por los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, vigentes frente al régimen prestacional de que trata la ley 91 de 1989.

Pues bien, se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso lo siguiente:

- La señora **Lilia Mercedes Osorio** nació el 3 de mayo de 1964.
- Prestó sus servicios como docente desde el 02 de abril de 1991 hasta el 25 de agosto de 2017.
- Laboró en calidad de docente de vinculación **DISTRITAL**.
- Mediante **Resolución No. 5671 de 4 de agosto de 2017**⁴³, se le reconoció la pensión por invalidez adquiriendo su status de pensionada el 10 de agosto de 2016, fecha en la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como se desprende de la resolución de reconocimiento pensional.
- Esta resolución contempla como factores salariales aplicables: **asignación básica, prima especial, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación decreto**.
- Su reconocimiento pensional se efectuó en cuantía de \$2.667.790, efectiva a partir del **25 de agosto de 2017**, en consideración al porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral aportado.
- La demandante, mediante petición **Radicada E-2019-44587 de 6 de marzo de 2019**⁴⁴ solicita la reliquidación de las mesadas pensionales reconocidas con la inclusión de todos los factores salariales devengados

43 Ver folio 5 del archivo 2 del expediente digital.

44 Ver folios 8- 12 del archivo 02 del expediente digital.

durante el último año de servicios, esto es, con la inclusión de la **Prima de Servicios**.

Además en la citada solicitud pidió le fueran suspendidos por aportes a salud, como también el reconocimiento de la prima de medio año.

- La entidad demandada a través de la **Resolución 2387 de 29 de marzo de 2019**⁴⁵, negó la reliquidación de la pensión de invalidez.
- Del certificado de factores salariales⁴⁶ se desprende que la accionante en el último año anterior al retiro del servicio devengó los factores salariales de **sueldo, prima especial, prima de servicio, bonificación decreto, prima vacaciones y prima de navidad**.

De acuerdo con lo expuesto, y de conformidad con la jurisprudencia reseñada, al encontrarse vinculada la demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen del que es beneficiaria es el contemplado en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Así las cosas, en aplicación de las normas citadas y de acuerdo a la pérdida de capacidad laboral presentada, a la demandante deberá liquidársele su mesada pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio en porcentaje del **75%** de su asignación mensual.

En ese orden de ideas, del acervo se desprende que la señora Lilia Mercedes Osorio Urbina durante el último año de servicios previo al retiro definitivo del servicio, devengó como factores salariales: *sueldo, prima especial, **prima de servicio**, bonificación decreto, prima vacaciones y prima de navidad*, tal como se desprende del certificado de factores salariales.

Sin embargo, a la hora del reconocimiento de la pensión por invalidez la entidad incluyó como factores aplicables al cálculo de la mesada los siguientes: Asignación Básica, Prima Especial, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad y bonificación decreto, tal como quedó expuesto por la resolución que le reconociera su pensión de invalidez.

Lo anterior de acuerdo con el siguiente cuadro:

Factores salariales Devengados en el último año de servicio	Factores Salariales reconocidos Resolución 5671 de 4 de agosto de 2017
- <i>Sueldo</i>	- <i>Asignación Básica</i>
- <i>prima especial</i>	- <i>Prima Especial</i>

⁴⁵ Ver folios 16- 19 del archivo 02 del expediente digital.

⁴⁶ Ver folio 20 del archivo 02 del expediente digital.

- prima de servicio	- <i>Prima de Vacaciones</i>
- <i>bonificación decreto</i>	- <i>Prima de Navidad</i>
- <i>prima vacaciones</i>	- <i>Bonificación Decreto</i>
- <i>prima de navidad</i>	

Con fundamento en el marco normativo y jurisprudencial expuesto en la parte considerativa de esta providencia, estima el despacho que tratándose del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de un docente vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, en aras de garantizar los derechos adquiridos bajo la normativa mencionada, debe liquidarse la prestación periódica teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a su retiro por invalidez atendiendo a lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Así las cosas, es necesario advertir que para el caso de autos constituyen factores salariales aplicables a la liquidación de la mesada pensional, además de los efectivamente reconocidos, la prima de servicio tal como lo contempla la citada normatividad en su literal h.

En conclusión, encuentra este despacho que la pretensión de la demanda en lo que respecta a la inclusión del factor salarial de prima de servicios debe ser incluida en la reliquidación de la pensión de la demandante.

En virtud de lo anterior, se declarará la nulidad parcial del acto ficto presunto en lo que respecta a la negativa de la entidad demandada en incluir como factor salarial la prima de servicios, pues tal como quedó expuesto, dicho factor debe ser reconocido dentro de la liquidación de la mesadas pensionales a favor de la demandante.

Por consiguiente, a título de restablecimiento del derecho y teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, así como el precedente jurisprudencial esbozado, se ordenará la reliquidación de la pensión de invalidez de la parte demandante de conformidad con lo establecido en la Ley 91 de 1989, que en el numeral 1º, del artículo 15 prescribe la aplicación de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y en cuanto a los factores base de liquidación lo establecido en el Decreto 1045 de 1978, incluyendo en la base de liquidación, además de los factores reconocidos, **la prima de servicio.**

Así, la reliquidación pensional debe efectuarse a partir del **25 de agosto de 2017**, fecha de efectividad de la pensión toda vez que el demandante solicita la reliquidación de la mesada pensional el **6 de marzo de 2019** y presenta la demanda

el **15 de mayo de 2019**, y entre la fecha de efectividad de la pensión, la radicación de la solicitud de reliquidación y la presentación de la demanda, como quiera que no han transcurrido 3 años, **no opera el fenómeno de la prescripción.**

La entidad demandada al momento de hacer la liquidación para cancelar los valores resultantes de lo aquí dispuesto, deberá pagar la diferencia actualizada que resultare entre lo que venía reconociendo y lo ordenado en la presente sentencia, reajustando en adelante la pensión de invalidez, sin perjuicio de los reajustes anuales de ley.

6.2 De los descuentos en salud

La demandante al ser beneficiaria 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 parágrafo único del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, que la 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.

Por las razones expuestas, para el Despacho **NO** resulta procedente ordenar la suspensión y reembolso de los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales con base en la sentencia de Unificación proferida por nuestro órgano de Cierre en lo Contencioso Administrativo.

6.3 De la prima de medio año

Para el presente caso, se tiene que la Secretaría de Educación de Bogotá, a través de la **Resolución No. 5671 de 4 de agosto de 2017** reconoció a favor de la demandante Pensión de invalidez a partir del 25 de agosto de 2017, recibiendo una mesada por valor de \$2.677.790 pesos Moneda Corriente. Por lo anterior, se tiene que adquirió el estatus de pensionada con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Así las cosas, por causarse su derecho a la pensión con posterioridad al periodo señalado por el Acto Legislativo 01 de 2005, respecto a lo normado en materia de la mesada catorce o prima de medio año, para el caso de autos no aplica la excepción de la norma consagrada por el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Por las razones expuestas, para el Despacho **NO** resulta procedente ordenar el reconocimiento de la mesada 14 y en consecuencia, por considerar que el acto demandado no vulnera ninguna de las normas en que debería fundarse, se negarán las pretensiones de la demanda.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que deben prosperar de manera parcial las pretensiones de la demanda, así:

- **Se accede** a la reliquidación de la pensión de invalidez con la inclusión de la prima de servicio.

- **Se niegan** las pretensiones tendientes a obtener el reconocimiento de la prima de medio año y el reintegro y suspensión de los valores descontados por concepto de seguridad social en salud.

La suma que deberá pagar la entidad condenada como reajuste de la pensión de invalidez de la parte actora deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Conclusión: Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda de conformidad con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, que regula el régimen de pensiones de los docentes, en especial la de invalidez, que remite a los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y dando aplicación a lo señalado en diferentes oportunidades por el Consejo de Estado, motivo por el cual se ordenará reliquidar la prestación de la actora incluyendo la prima de servicio como factor integrante del salario devengado en el año inmediatamente anterior a su retiro por invalidez (2016).

Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018⁴⁷, tenemos que:

“ 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

⁴⁷ 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)

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.”*

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Despacho que nos encontramos frente al escenario de una pensionada a quien debe reliquidarse su mesada respecto a los factores reconocidos y no liquidados en su mesada pensional. En consecuencia, por considerar el Juzgador que le asiste parcialmente la razón, el despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante 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: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución 2387 de 29 de marzo de 2019, proferida por la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, únicamente en lo que respecta a la negativa de la entidad demandada a la reliquidación de la prestación reconocida a la señora Lilia Mercedes Osorio Urbina identificada con Cédula de Ciudadanía No. 51.744.471 de la inclusión de la **prima de servicio**, y en su lugar incluir dicho factor dentro de la liquidación de la mesada pensional reconocida a su favor.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior se CONDENA a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES

SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, a que reliquide la pensión de invalidez reconocida a favor de la docente LILIA MERCEDES OSORIO URBINA, incluyendo dentro de la liquidación de la mesada pensional reconocida a su favor los valores efectivamente devengados durante el último año de servicios, esto es del 01 de enero de 2016 al 30 de diciembre del mismo año por concepto de **prima de servicio** en consideración a los motivos y de la forma indicada en la parte motiva de presente providencia.

Igualmente, deberá la demandada pagar a la señora Lilia Mercedes Osorio Urbina las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir, que resulten entre los valores que le habían sido reconocidos y pagados, y los que dejó de percibir por la no inclusión de dicho factor salarial.

Para tal efecto, la entidad demandada hará las deducciones sobre los elementos ahora incluidos con los reajustes de ley y debidamente indexados hasta la fecha de la ejecutoria de esta sentencia.

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

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda encaminadas al reconocimiento de la prima de medio año y el reintegro y suspensión de los valores descontados por concepto de seguridad social en salud.

SEXTO: DAR cumplimiento a esta sentencia, con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 a 195 del CPACA.

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado 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

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS

JUEZ

MAM

Firmado Por:

Blanca Liliana Poveda Cabezas

Juez

Juzgado Administrativo

016

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: **6fcd52cbfc6b06fe4407738a5d2a9f0d5475ac60384472b64f5534664f0497be**

Documento generado en 26/01/2022 10:38:44 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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