

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil veintidós (2022)

EXPEDIENTE No.: 11001-33-42-046-2021-00039-00²
DEMANDANTE: ANA EDITH ARIZA FONTECHA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – Y OTROS.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

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

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora Ana Edith Ariza Fontecha, identificada con C.C. No. 51.705.677, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG –, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda se formularon las siguientes:

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Para la recepción de memoriales solo está disponible el siguiente correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

² [11001334204620210003900](https://expediente.cendoj.ramajudicial.gov.co/11001334204620210003900) (solo podrán ingresar al expediente los sujetos procesales, para lo cual deberán ingresar desde los correos informados al despacho para efectos de notificaciones judiciales)

“PRIMERO: Solicito se declare la NULIDAD de la Resolución número 1348 del 24 de FEBRERO de 2020, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá y el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO D.C. Acto Administrativo por el cual se niega el ajuste de una Pensión de Invalidez.

SEGUNDO: Solicito se declare la NULIDAD del OFICIO No. 20191012353911 del 23 de octubre de 2019, proferido por la Directora de Afiliaciones y Recaudos – Fiduciaria La Previsora S.A.

TERCERO: Solicito que como consecuencia de la declaratoria de NULIDAD de la Resolución No. 1348 del 24 de febrero de 2020, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y de la NULIDAD del No. 20191012353911 del 23 de octubre de 2019 proferido por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a:

3.1 La revisión y ajuste de la liquidación de la Pensión de Invalidez, teniendo en cuenta para tal efecto, todos los factores salariales devengado a la fecha de retiro por invalidez, de conformidad con el Decreto 1848 de 1969 y Decreto 3135 de 1968.

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

3.3. Ordenar a las entidades demandadas SUSPENDER los descuentos por Seguridad Social (salud) sobre las mesadas pensionales adicionales de cada año que se cause a partir de la sentencia.

CUARTO: Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor de mi poderdante, el valor de las mesadas pensionales que se causen por el nuevo reajuste a que tiene derecho la pensión de invalidez y los reajustes pensionales por lo demás conceptos referidos en los numerales anteriores, desde el momento en que se le reconoció esta pensión, descontado lo que se le haya cancelado.

QUINTO: Condenar a las entidades demandada a reconocer y pagar la INDEXACION sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de los reajustes solicitados de la Pensión de Invalidez, referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en el artículo 187 y 182 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. Ana Edith Ariza Fontecha nació el 02 de octubre de 1964.
2. La accionante se vinculó como docente al servicio del estado desde el 10 de diciembre de 1981.

3. El día 22 de abril de 2015, se le dictaminó a la demandante una pérdida de capacidad laboral equivalente al 96%.
4. Mediante Resolución No. 8414 de 1 de junio de 2015, la Secretaría de Educación de Bogotá retiró del servicio a la accionante por invalidez.
5. Por Resolución No. 5558 de 2 de octubre de 2015, se le reconoció una pensión de invalidez a Ana Edith Ariza Fontecha con efectos fiscales a partir del 17 de junio de 2015. En dicho acto administrativo se incluyeron como factores salariales la asignación básica, la prima especial, la prima de navidad y la prima de vacaciones, quedando excluidos la prima de servicios, la bonificación decreto y la prima de alimentación.
6. El día 22 de noviembre de 2019, la accionante presentó derecho de petición ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con la finalidad que le fuera reliquidada la pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados al momento del retiro, de conformidad con lo establecido en la Ley 91 de 1989, el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978. Además, solicitó el reintegro y la suspensión de los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.
7. Mediante Resolución No. 1348 de 24 de febrero de 2020, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó la solicitud de reliquidación de la pensión de invalidez presentada por la actora; no obstante, guardó silencio respecto de la pretensión de devolución y suspensión de los descuentos por aportes a salud sobre las mesadas adicionales.
8. Inconforme con la decisión adoptada, la accionante interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 1348 de 24 de febrero de 2020.
9. A través de la Resolución No. 6549 de 25 de noviembre de 2020, se resolvió el recurso de reposición impetrado por la actora, y se resolvió incluir como factor salarial la bonificación mensual, y se negó la inclusión de la prima de servicios y el auxilio de alimentación. Además, se negó el reintegro y la suspensión de los descuentos sobre las mesadas adicionales.
10. El día 24 de junio de 2019, la demandante presentó petición ante la Fiduciaria La Previsora S.A., solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.
11. Con Oficio No. 20191012353911 de 23 de octubre de 2019, la Fiduciaria La Previsora S.A., negó la solicitud de reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso por concepto de salud sobre las mesadas adicionales presentada por la accionante.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 5/8 y 228 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Ley 91 de 1989, Ley 4ª de 1966, Ley 5 de 1969, ley 62 de 1985, Decreto 3135 de 1969, Decreto 1848 de 1969, Ley 115 de 1994, Ley 812 de 2003 y Ley 100 de 1993.

1.1.4 CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse. Arguye que la vinculación de la demandante al servicio docente se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, razón por la que se le debió reconocer la pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, es decir, de conformidad con lo previsto en la Ley 81 de 1989 concordante con los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Destaca que a la demandante no le son aplicables las reglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia de unificación SUJ 014 de 25 de abril de 2019, pues aquella se refiere a la reliquidación de la pensión de jubilación, no a la de invalidez, por tanto, se le debe reconocer con la inclusión del 100% del último salario devengado en el año anterior a la fecha del servicio, pues su pérdida de la capacidad laboral es equivalente al 96%.

Finalmente, manifiesta que los descuentos efectuados por concepto de aportes sobre las mesadas adicionales que percibe la demandante no tienen fundamento jurídico, por tanto, constituyen un abuso, toda vez que se hacen descuentos sobre 14 mesadas, pero la prestación del servicio se realiza en 12 meses.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda³

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la contestación de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Como argumento de defensa, señaló que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, si bien determinó que no era posible aplicarles a los docentes las reglas previstas en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, cierto es que en dicha sentencia advirtió que no era posible liquidar la pensión de jubilación de los docentes sobre factores salariales sobre los cuales no se hicieron cotizaciones. Igualmente, sostiene que no es posible incluir factores que no estén enlistados en la Ley 62 de 1985 o en el Decreto 1158 de 1994, según el régimen aplicable a cada docente. Precisa que, si bien es cierto en el presente caso se trata de una pensión de invalidez, las pretensiones no

³ Documento 13 del expediente.

tienen vocación de prosperidad, toda vez que, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, para efectos de la liquidación de una pensión solo pueden tenerse en cuenta los factores sobre los cuales se hubiere efectuado cotizaciones

Respecto de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales por concepto de aportes a salud, destaca que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 3 de junio de 2021, precisó que aquellos son procedentes, por tanto, no hay lugar a su suspensión, y menos aún, al reintegro de los valores descontados por dicho concepto.

De otra parte, el apoderado de la Secretaría de Educación de Bogotá contestó la demanda, en memorial visible en el documento 15 del expediente. Allí se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual indicó que a la demandante le es aplicable el régimen previsto en la Ley 91 de 1989, lo que implica que la pensión de invalidez se reconozca con fundamento en los factores taxativamente fijados en la ley y sobre los que se hubieren hecho aportes. Asimismo, indicó que, atendiendo a lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-024 de 3 de junio de 2021, son procedentes los descuentos efectuados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, bajo el entendido que la Ley 91 de 1989 así lo dispone.

1.2.3 Alegatos

En virtud de lo dispuesto en el artículo 182A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adicionado por la Ley 2080 de 25 de enero de 2020, que estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, el despacho corrió traslado a las partes y al ministerio público por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión y concepto por escrito, respectivamente, mediante proveído del 24 de junio de 2022.

Una vez vencido el término anterior, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

Parte demandante⁴: La apoderada de la parte actora presentó alegatos de conclusión, en los que reiteró los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda. En particular, destaca que el Ingreso Base de Cotización se calcula con el salario mensual devengado, y teniendo en cuenta que, por salario se entiende como todo pago efectuado por el empleador al trabajador con la finalidad de retribuir el servicio, la pensión de invalidez percibida por la demandante se debe liquidar con la inclusión de todos los factores salariales, teniendo en cuenta que en todo caso deberán efectuarse los descuentos por aportes pensionales sobre los factores salariales que se ordenen incluir y sobre los que no se hubieren efectuado. De otra parte, indica que se atiene a lo que

⁴ Documento 20 del expediente.

resuelva el despacho sobre el devolución y suspensión de los valores que se hubiere descontado por concepto de aportes en salud sobre las mesadas adicionales, teniendo en cuenta que sobre el particular el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación jurisprudencial.

Parte demandada⁵: La apoderada del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de prestaciones sociales del Magisterio, en memorial de alegatos⁶, reiteró los argumentos de defensa esbozados en la contestación de la demanda la contestación de la demanda. En consecuencia, solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

Igualmente, la Secretaría de Educación de Bogotá, en memorial obrante en el documento 20 del expediente, ratificó los argumentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. Aunado a ello, destacó que la prima de servicios no constituye factor salarial para la liquidación de la pensión de invalidez, según lo dispone el artículo 5º del Decreto 1545 de 2013. En consecuencia, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda, y en caso contrario, no se condene en costas a la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C.

El **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

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

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico

En el caso objeto de debate se contrae a determinar: si la señora Ana Edith Ariza Fontecha tiene derecho a que la entidad demandada le reliquide la pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha de retiro y, le reintegren, y, en consecuencia, le suspendan los descuentos efectuados por concepto de aportes a la seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales.

2.2 Hechos probados

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

- Que Ana Edith Ariza Fontecha estuvo vinculada con la Secretaría de Educación de Bogotá en el cargo de docente desde el 10 de diciembre de 1981 hasta el 17 de junio de 2015, fecha en la cual fue retirada del servicio por invalidez.

⁵ Documento 18 del expediente.

⁶ Documento 18 del expediente.

- Mediante Resolución No. 5588 de 2 de octubre de 2015⁷, la entidad demandada le reconoció a Ana Edith Ariza Fontecha una pensión mensual de invalidez, a partir del 17 de junio de 2015.
- El día 22 de noviembre de 2019, la demandante presentó ante la Secretaría de Educación de Bogotá solicitud de reliquidación pensional, y el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales⁸.
- La Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales negó la solicitud de reliquidación pensional, mediante Resolución No. 1348 de 24 de febrero de 2020⁹. No obstante, guardó silencio respecto del reintegro de los valores descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, y la suspensión, de los mismos.
- Inconforme con la decisión adoptada, el día 19 de marzo de 2020, la accionante presentó recurso de reposición¹⁰ contra de la Resolución No. 1348 de 24 de febrero de 2020.
- Mediante Resolución No. 6549 de 25 de noviembre de 2020¹¹, la Secretaría de Educación de Bogotá resolvió el recurso de reposición impetrado por la demandante. Allí resolvió incluir como factores salariales para efectos del Ingreso Base de liquidación, además de los incluidos en la Resolución 5588 de 2 de octubre de 2015, la **prima de alimentación y la bonificación mensual**. Igualmente, indicó que no era procedente la inclusión de la prima de servicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º del Decreto 1545 de 2013, como tampoco lo era la devolución y suspensión de los descuentos efectuados por concepto de aportes en salud sobre las mesadas adicionales.
- El día 24 de julio de 2019, la accionante solicitó ante la Fiduciaria La Previsora S.A., el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y la devolución de los dineros descontados por concepto de aportes a la salud sobre las mesadas adicionales y la suspensión de dichas deducciones¹².
- Con Oficio No. 2019101353911 de 23 de octubre de 2019¹³, la Fiduciaria La Previsora S.A. negó la petición presentada por la parte actora, relacionada con el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y la devolución de los dineros descontados

⁷ Páginas 33-35 documento 1 del expediente.

⁸ Páginas 37-39 documento 1 del expediente.

⁹ Páginas 43-48 documento 1 del expediente.

¹⁰ Páginas 49-55 documento 1 del expediente.

¹¹ Páginas 57-65 documento 1 del expediente.

¹² Página 67 documento 1 del expediente.

¹³ Páginas 69-72 documento 1 del expediente.

por concepto de aportes a la salud sobre las mesadas adicionales y la suspensión de dichas deducciones.

2.3 Marco Normativo y jurisprudencial.

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

2.3.1 Régimen Pensional Docente

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

En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes en todo caso a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Las Leyes 91 de 1989, el artículo 279¹⁴ de la Ley 100 de 1993, el artículo 6º de la Ley 60 de 1993 y el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, el artículo 81¹⁵ de la Ley

¹⁴ **ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES.** *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

<Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE> Así 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.

¹⁵ **ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.** *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

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

812 de 2003, han mantenido estas prerrogativas a favor de los educadores. De ello se infiere, que los docentes cuentan con aspectos preferenciales en materia salarial y prestacional.

Las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación bajo condiciones especiales, por tanto, el supuesto consagrado en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los regímenes especiales no le es aplicable.

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

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado¹⁶ en sentencia de 10 de septiembre de 2009, en la cual puntualizó:

“(…)

Sin embargo, **en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento** de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que **no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.**

Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las **pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición**, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria. (...) (énfasis agregado).

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

Analizada la anterior normativa y bajo la observancia del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁷, es imperioso concluir que la pensión de

¹⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁷ “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
(…)”

jubilación de los docentes nacionalizados está sometida a la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, toda vez que estas normas generales y ordinarias unificaron el régimen de pensión de jubilación de todos los servidores públicos del Estado y modificaron el régimen también ordinario del Decreto 3135 de 1968 en forma expresa y las disposiciones del Decreto 1045 de 1978.

Valga recordar que el régimen de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de lo señalado en el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993¹⁸, salvo lo dispuesto en los artículos 14 y 142 de conformidad con lo establecido en la Ley 238 de 1995.

No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁹, previó que los docentes que se vincularan a partir de su vigencia deberían someterse al régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, para lo cual deberán cumplirse todos los requisitos allí establecidos, salvo la edad, la cual será de 57 años para hombres y mujeres.

Así, se advierte que los docentes vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), mantienen el régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989 concordante con las Leyes 33 y 62 de 1985, mientras que los que se vinculen con posteridad a aquella, su régimen pensional sería el contenido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

2.3.2 De la reliquidación pensional – pensión de invalidez.

La pensión de invalidez es aquella que se causa cuando una persona ha perdido o disminuido su capacidad laboral en un porcentaje superior al determinado en la ley, sea o no, con ocasión del servicio prestado.

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

¹⁸ **ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES.** *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

<Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE> Así 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.

¹⁹ Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. *Régimen prestacional de los docentes oficiales.* El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

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

El Decreto Ley 3135 de 1968, respecto del reconocimiento de la pensión de invalidez, prescribe:

“ARTÍCULO 23. Pensión de invalidez. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75 por ciento, 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 cincuenta por ciento cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del 75%;

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

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

PARÁGRAFO. La pensión de invalidez excluye la indemnización”

Por su parte, el Decreto 1848 de 1969, a través del cual se reglamentó el Decreto 3135 de 1968, en su artículo 60, definió el concepto de invalidez como la pérdida de la capacidad para continuar desempeñándose en un cargo en el que se ha desempeñado habitualmente, precisando que sólo podría considerarse invalida una persona que perdiera su capacidad laboral en un porcentaje igual o mayor al 75%. Asimismo, en el artículo 63, determinó la cuantía de la pensión de invalidez, así:

“ARTÍCULO 63.- 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.”

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

“Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación y la prima técnica;

c) Los dominicales y feriados;
d) Las horas extras;
e) Los auxilios de alimentación y transporte;
f) La prima de navidad;
g) La bonificación por servicios prestados;
h) La prima de servicios;
i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
k) La prima de vacaciones;
l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”

Posteriormente, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 reduce el porcentaje de pérdida o disminución de la capacidad laboral, así:

“ARTICULO 38. Estado de Invalidez. Para los efectos del presente capitulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, **hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral.**” (énfasis agregado).

Igualmente, el artículo 40 ibídem establece el monto de la pensión de invalidez, así:

“ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.”

De acuerdo con la precitada norma, el monto de la pensión de invalidez está determinado por un porcentaje del ingreso base de liquidación, por ello, es preciso remitirnos al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual indica:

“ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, **el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado** el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, **o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia**, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.”

Conforme a lo expuesto, se infiere que el ingreso base de liquidación es el promedio de salarios o rentas sobre los cuales se ha cotizado para pensión; sin embargo, recuerda el Despacho que la Ley 100 de 1998, fue reglamentada por el Decreto 1158 de 1994 fijó una lista taxativa de factores salariales los cuales sirven de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones:

“ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario. e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados.”

De acuerdo a la normatividad aquí expuesta, se concluye que, en tratándose de asuntos pensionales, incluida la pensión de invalidez, los docentes tienen dos regímenes pensionales determinados por la fecha de su vinculación, a saber: i) si el docente se vinculó con anterioridad a la entrada vigencia de la Ley 812 de 2003, les será aplicable el régimen contenido en la Ley 81 de 1989 y en los Decretos 3135 de 19668 y 1848 de 1969; ii) si el docente se vinculó con posterioridad a la entrada vigencia de la Ley 812 de 2003, les será aplicable el régimen contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

A propósito, se destaca que, en tratándose de la pensión de invalidez de los docentes, no es determinante la fecha de estructuración de la invalidez, sino la fecha de vinculación del docente.

2.3.4. De los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales

Los docentes a pesar de ser servidores públicos con prerrogativas especiales en materia salarial y prestacional, no gozan de un régimen especial de pensiones, por lo tanto, el régimen aplicable para tal efecto es el de los servidores públicos.

La Ley 4 de 1976, reguló la materia pensional de los sectores públicos, oficial, semioficial y privado, y respecto de la mesada adicional de diciembre precisó lo siguiente:

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

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

“ARTICULO 7°. -La mensualidad adicional de que trata el artículo 5° de la Ley 4a. de 1976 **no será objeto de descuento alguno**, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones.”

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

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

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

No obstante, el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 previó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, estaría constituido, entre otros recursos, por los derivados del 5% que pague el fondo **incluidas las mesadas pensionales adicionales** como aporte de los pensionados. De modo que, la normatividad anteriormente citada, y que prohibía realizar descuentos por concepto de salud quedaron derogadas por virtud de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud, de conformidad con lo previstos en los artículos 2 de la Ley 4 de 1966²⁰, 37 del Decreto 3135 de 1968²¹, artículo 90 del Decreto 1848 de 1969²². Sin embargo,

²⁰ “**ARTÍCULO 2º.-** Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma así:
(...)”

PARÁGRAFO. - Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional.”

²¹ **ARTÍCULO 37. 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.

²² **ARTÍCULO 90.- Prestación asistencial.**

esta Ley estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate. Es decir, sin excepción alguna, resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado.

Por su parte el **Decreto 692 de 1994**, reglamentario de la Ley 100 de 1993, indica que las entidades pagadoras de pensiones efectuarán el reajuste establecido por la diferencia entre la cotización que venían pagando los pensionados y la nueva cotización, sin sobrepasar el 12%.

“ARTICULO 42. REAJUSTE PENSIONAL POR INCREMENTO DE APORTES EN SALUD. A

(...)

Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.

PARAGRAFO. Lo previsto en el presente artículo se entenderán sin perjuicio de que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reduzca la cotización en salud de los pensionados en relación con el número de beneficiarios, caso en el cual el reajuste de la mesada se hará por la diferencia entre lo que se venía cotizando y el valor señalado por el Consejo” (Negrita del Despacho).

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

“ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, **deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.**

(...)

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, FOPEP, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

PARÁGRAFO. De conformidad con los artículos 50 y 152 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.” (énfasis agregado)

(...)

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.

Posteriormente, el legislador, mediante la Ley 812 de 2003 (art. 81), dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-389/04 al referirse sobre la constitucionalidad de la referida norma, puntualizó:

“(…)

La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente por el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado, y que señala que la cotización de todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – sin que la norma establezca ninguna excepción - corresponderá a la suma de aporte que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores’. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003

(…)”.

De lo aquí expuesto, se concluye que a los docentes pensionados se les puede efectuar descuentos respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre, y así lo indicó el Consejo de Estado en sentencia de Unificación Jurisprudencial de 03 de junio de 2021²³, al determinar 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.”*

3. Caso Concreto.

De lo demostrado en el proceso, se tiene que Ana Edith Ariza Fontecha nació el 14 de octubre de 1963²⁴, y prestó sus servicios, en calidad de docente, a la Secretaría de Educación desde 10 de diciembre de 1981 hasta el 17 de junio de 2015²⁵, fecha en la que fue retirada del servicio por invalidez. Justamente, a causa de la invalidez, que le fue dictaminada en un 96% de pérdida de la

²³ CE, SCA, S2, radicado No. 66001-33-33-000-2015-00309-01 (0632-2018), SUJ-024-CE-S2-2021, consultable en <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/245/66001-33-33-000-2015-00309-01.pdf>

²⁴ Página 79 del documento 1 del expediente.

²⁵ Página 77 del documento 1 del expediente.

capacidad laboral, la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció una pensión de invalidez mediante la Resolución No. 5558 de 2 de octubre de 2015, a partir del 17 de junio de 2015.

Para efectos del reconocimiento pensional, la Secretaría de Educación aplicó el régimen dispuesto en la Ley 91 de 1989 y los Decretos 3135 de 1968, y 1848 de 1969, lo que evidencia que a la demandante se le reconoció la pensión de invalidez con el régimen pensional que le era aplicable, toda vez que la demandante se vinculó el 10 de diciembre de 1981, esto es, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2013.

De lo anterior se infiere que en el presente asunto no existe discrepancia en el régimen legal aplicables, pues la parte actora solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

No obstante, se evidencia que la parte actora pretende la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la fecha de su retiro del servicio, en particular, la prima de alimentación, de la bonificación decreto y de la prima de servicios.

Sobre el punto en comento, se encuentra acreditado en el expediente que la Secretaría de Educación de Bogotá, en representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció a Ana Edith Ariza Fontencha la pensión de invalidez mediante la Resolución No. 5558 de 2 de octubre de 2015, como antes se indicó. No obstante, en dicho acto administrativo, se tuvieron en cuenta los siguientes factores y cuantías:

Factor	Valor
Asignación básica	\$2´866.669
Prima especial	\$150
Prima de vacaciones	\$116.331
Prima de navidad	\$245.060
Total	\$3´228.240
Total 100%	\$3´228.240

Ahora bien, mediante la Resolución No. 6549 de 25 de noviembre de 2020²⁶, la Secretaría de Educación de Bogotá resolvió el recurso de reposición impetrado por la demandante. Allí resolvió incluir como factores salariales para efectos del Ingreso Base de liquidación, además de los incluidos en la Resolución 5588 de 2 de octubre de 2015, **la prima de alimentación y la bonificación mensual**. Además, negó la inclusión de la **prima de servicios** como factor pensional, para lo cual adujo que el Decreto 1545, en su artículo 5º, establece que dicho emolumento no constituye factor salarial para efectos pensionales.

²⁶ Páginas 57-65 documento 1 del expediente.

Pese a lo anterior, al realizar la liquidación la entidad incluyó los siguientes factores:

Factor	Valor
Asignación básica	\$2´866.669
Prima especial	\$150
Bonificación mensual	28.667
Prima de vacaciones	\$116.331
Prima de navidad	\$245.030
Total	\$3´228.240
Total 100%	\$3´228.240

De acuerdo a lo expuesto, se tiene que la entidad demandada, a pesar de indicar que la pensión de invalidez que percibe la demandante se debía liquidar con la inclusión de la bonificación mensual o bonificación decreto y la prima de alimentación; omitió, por error involuntario, la inclusión de este último.

Así las cosas, para el despacho resulta claro que le asiste el derecho a la parte actora, razón por la cual deberá incluirse como factor salarial para liquidar la pensión de invalidez **el auxilio o prima de alimentación (\$324)**, el cual percibió la demandante en el año anterior a su retiro como lo evidencia el certificado obrante en la página 75 del documento 1 del expediente digital.

De otra parte, respecto de la inclusión de la prima de servicios como factor para liquidar la pensión de invalidez, observa el despacho que no le asiste la razón a la parte actora, pues a pesar que dicho emolumento esta taxativamente consagrado en el Decreto 1045 de 1978; cierto es que la prima de servicios no es factor salarial para efectos prestacionales para los docentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 1545 de 2013.

Sobre el particular, se tiene que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación²⁷ de 14 de abril de 2016, fijó las reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios, pues dicho emolumento no le era reconocido a los docentes por virtud de lo dispuesto en el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, salvo a aquellos docentes oficiales **nacionalizados, antes territoriales**, a lo que la entidad territorial se las hubiera reconocido, a través de una norma de carácter territorial vigente a la fecha de expedición de la citada ley, y en todo caso, expedida de acuerdo al respectivo marco de competencias constitucional y legal.

En consecuencia, al ser la demandante una docente nacionalizada era posible que le fuera reconocida la prima de servicios por la entidad territorial; sin

²⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisseth Ibarra Vélez, Bogotá D.C., sentencia de 14 de abril de 2016, Radicado N°. CESUJ215001333301020130013401 (3828-14), Demandante: Nubia Yomar Plazas Gómez, Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Departamento de Boyacá.

embargo, dicha reconocimiento no tenía fundamento en el Decreto 1042 de 1975, por tanto, no es posible incluir dicho factor para efectos pensionales.

Finalmente, se advierte que, de conformidad con la subregla fijada por el H Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de unificación jurisprudencial del 03 de junio de 2021²⁸, *“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.”*, regla que además se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.

Con fundamento en lo señalado, no le asiste el derecho a la demandante a que le sean suspendidos los descuentos del 12% efectuados por concepto de aportes sobre las mesadas adicionales, en consecuencia, tampoco hay lugar a ordenar la devolución de los valores descontados por dicho concepto

Decisión

De acuerdo a lo acreditado en el expediente, se encuentra que la entidad demandada omitió la inclusión como factor salarial de la prima de alimentación o auxilio de alimentación, razón por la cual se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 6549 de 25 de noviembre de 2020.

Sobre el particular, se tiene que en la demanda se pretende la nulidad total de la Resolución No. 1348 del 24 de febrero de 2020; sin embargo, en sede de reposición dicho acto administrativo fue revocado, razón por la que a la luz de la del antiguo Código Contencioso Administrativo la demanda devendría en inepta, empero, el artículo 163 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, indica que si un acto administrativo fue objeto de recursos se entenderán también demandados los actos administrativos que los resolvieron.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18)CE-SUJ2-024-21. Actor: JOSÉ JULIÁN GUEVARA PARRA. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

De otra parte, se negarán las pretensiones relacionadas con la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para liquidar la pensión de invalidez reconocida a la demandante, así como también, la devolución y la suspensión de los descuentos efectuados por concepto de aportes a salud sobre las mesadas adicionales.

Así las cosas, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, deberán al momento de efectuar el pago, hacer las respectivas compensaciones sobre los factores salariales que son objeto de reconocimiento en la presente providencia.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pagará al demandante la diferencia entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por pensión de jubilación, ajustadas, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el accionante de la correcta liquidación de su pensión de jubilación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

Prescripción

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

Ahora bien, por regla general, las pensiones son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio; sin embargo, dicha figura procesal opera sobre las **mesadas pensionales o reliquidación de estas**, que no se hubiesen reclamado en tiempo. Al respecto, el Decreto 3135 en su artículo 41, dispone:

“Artículo 41°.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.

Igualmente, el artículo 102 del Decreto 1868 de 1969, respecto el término de prescripción dispone:

“Artículo 102°.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

Atendiendo lo dispuesto en las normas precitadas, se tiene que, en el presente caso, la prescripción se interrumpió con la reclamación presentada por Ana Edith Ariza Fontecha ante el FOMAG el **22 de noviembre de 2019**, lo que quiere decir que, a la luz de las normas transcritas, las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **22 de noviembre de 2016** se encuentran prescritas.

Condena en costas.

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

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

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

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de

distintas Secciones²⁹ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibidem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Vistos los artículos 188 de la Ley 1437 y 365 del Código General del Proceso, en especial, su numeral 8.º, sobre condena en costas y atendiendo a que el H. Consejo de Estado ha señalado el criterio objetivo-valorativo de la condena en costas que implica: i) objetivo porque que no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto y ii) valorativo porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. En el caso sub examine, el Despacho considera que no hay lugar a imponer una condena en costas a las partes, en la medida que, no se acreditó probatoriamente su causación, en primera instancia, es decir, no aparece prueba alguna que acredite los gastos en que incurrieron las partes para su defensa.

En efecto, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de acción ejercido por la demandante estuvo orientado a la quebrantar la presunción de legalidad del acto acusado.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

Amén de lo anterior, el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso³⁰ establece que «Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación³¹» y en el expediente no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen la condena en costas en esta instancia.

²⁹ CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

* CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 3 de noviembre de 2016. Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez

* CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. N°. 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

³⁰ Ley 1564 de 2012.

³¹ Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, Exp. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la **NULIDAD PARCIAL** de la Resolución No. 6549 de 25 de noviembre de 2020, proferido por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG-, en cuanto OMITIÓ la reliquidación la pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios, en particular, del auxilio de alimentación a la señora ANA EDITH ARIZA FONTECHA, identificada con C.C. No. 51.705.677, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG-, administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a:

- a) **Efectuar una nueva liquidación** de la pensión de invalidez que percibe la señora ANA EDITH ARIZA FONTECHA, identificada con C.C. No. 51.705.677, en la que se incluya, además de los factores ya reconocidos, el auxilio de alimentación, de conformidad con lo indicado en la parte motiva del presente proveído.
- b) **PÁGUESE** a la señora ANA EDITH ARIZA FONTECHA, identificada con C.C. No. 51.705.677, las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del **17 de junio de 2015, pero con efectos fiscales a partir del 22 de noviembre de 2016, por prescripción trienal**. Las diferencias que resulten se ajustaran de conformidad con la formula ya señalada.

CUARTO: Se **ORDENA** dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A

QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial delegada ante esta Dependencia Judicial.

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

EXPEDIENTE No.: 11001-33-42-046-2021-00039-00
DEMANDANTE: ANA EDITH ARIZA FONTECHA
DEMANDADO: FOMAG - FIDUPREVISORA

NOVENO: Se reconoce personería adjetiva a la abogada viviana Carolina Rodríguez Prieto, identificada con C.C. No. 1.032.471.577, y T.P. No. 342.450, del C.S. de la J., para actuar como apoderada de la Secretaría de Educación de Bogotá, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder allegado al plenario.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

Firmado Por:

Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 046

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: **661befdcfa09d4368cafcf9196a035da16929a69e2ab89f67872f78c696b35b0**

Documento generado en 10/10/2022 07:50:36 AM

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