



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

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aydeé Anzola Linares CAN, piso 4°

Correo electrónico: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5553939, ext. 1016

Bogotá D.C. catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2016-0326-00
Demandante:	NOHORA HUERTAS RAMÍREZ
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Tema: *Reliquidación de pensión invalidez – Factores salariales aplicables - descuentos en salud en las mesadas pensionales.*

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponde, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

2. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES¹: La señora Nohora Huertas Ramírez, por conducto de apoderada judicial y en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Cundinamarca, solicitó la nulidad parcial de la Resolución N° 2671 de

¹ Fls. 23-24

11 de mayo de 2016, mediante la cual se negó el ajuste de una pensión de Invalidez.

Solicitó que se declarara la nulidad del acto ficto presunto negativo debido a que mediante Oficio 20150931050801 de 26 de octubre de 2015, proferido por la Directora de Afiliaciones y Recaudos – Fiduciaria la Previsora S.A, dio respuesta parcial a la solicitud No. 20150321220462 de 30 de julio de 2015.

Además, solicita se condene a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Cundinamarca y Fiduciaria la Previsora S.A, a proferir el acto administrativo que reconozca, reliquide y pague a su favor: (i) el reajuste de la pensión de invalidez con el 100% del último salario devengado antes del momento de retiro, por cuanto aduce que tiene una pérdida de capacidad laboral de 96% (ii) el reintegro de los valores descontados en exceso por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año desde que se causó la pensión y hasta el momento del fallo, (iii) suspender los descuentos por seguridad social en salud sobre las mesadas pensionales adicionales de cada año que se causen a partir de la sentencia (iv) el valor de las mesadas pensionales que se causen con posterioridad al reajuste (v) la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto del reajuste ordenado aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme a lo establecido en los artículos 187 y 192 C.P.A.C.A.

Finalmente, pide que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. HECHOS²:

La señora Nohora Huertas Ramírez señala que nació el 2 de octubre de 1963 y laboró como docente al servicio oficial desde el 5 de febrero de 1993 hasta el 17 de mayo de 2004.

Indica que medicina laboral determinó que perdió su capacidad laboral a partir del 5 de abril de 2004. En consecuencia, que mediante Resolución No. 4590 de 13 de diciembre de 2004 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a su favor y ordenó el pago de pensión por invalidez.

También, que al momento de liquidar la prestación otorgada, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio liquidó su mesada incluyendo los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del

² Folio 27

servicio, debiendo realizar la liquidación incluyendo los últimos emolumentos devengados antes de desvincularse del servicio.

Manifiesta que desde el primer pago de las mesadas pensionales reconocidas, se vienen efectuando descuentos en salud sobre las mesadas adicionales sin que exista una norma vigente que así lo ordene.

De acuerdo con lo anterior, radicó petición ante la entidad para que revise y ajuste el acto que reconoció la prestación con la inclusión de todos los elementos devengados en el último año de servicio y además se le reintegren los valores descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.

Por último, que a raíz de la petición elevada, la entidad emitió la Resolución No. 2671 de 11 de mayo de 2016 negando lo peticionado, habiendo solicitado a la Fiduprevisora S.A. el reintegro y suspensión de los valores descontados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.

2.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: los artículos 2, 13, 16, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, Ley 4 de 1992, Ley 812 de 2003, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969.

A partir de lo anterior, señala la demandante que la negativa de la entidad a revisar la pensión reconocida a su favor, con la inclusión de todos los factores salariales devengados al momento del retiro del servicio vulnera los derechos consagrados en los artículos señalados, entre otras razones debido a la vulneración del principio de favorabilidad, *in dubio pro operario*, protección a personas de la tercera edad, igualdad y mínimo vital.

También señala que con lo anterior se vulneran las disposiciones de orden legal que regulan el respeto a los derechos adquiridos por los servidores del Estado, las disposiciones en materia de régimen prestacional de los docentes oficiales y la jurisprudencia constitucional que refiere el derecho a la igualdad de los pensionados.

2.4. ACTUACIÓN PROCESAL

De acuerdo a lo contenido en el expediente, la demanda se presentó el 12 de julio de 2016³, siendo admitida por medio de auto de fecha 21 de septiembre de 2016⁴,

3 Fl. 38
4 Fl. 40

asimismo, el 22 del mismo mes y año fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La parte demandada pese a haber sido notificada el 5 de diciembre de 2016, (fl.43) **contestó de manera extemporánea** la misma toda vez que radicó memorial en tal sentido el 4 de abril de 2017 (fl.51) tal como se desprende del informe secretarial que funge a folio 64 del expediente. Por tal razón no se tendrá en cuenta.

Cumplido lo anterior, a través de auto de 30 de junio de 2017, el Juzgado fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, en la cual se surtieron cada una de las etapas contempladas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011. Allí el Despacho decretó unas pruebas documentales, suspendiendo la diligencia para allegar lo solicitado y fijando nueva fecha para continuar la diligencia el 26 de septiembre de 2017, la cual se reanudó el día indicado y se incorporaron algunos elementos allegados por las partes.

Sin embargo, al considerar que los dictámenes allegados adolecen de deficiencias, se suspendió una vez más la diligencia hasta tanto no se allegara un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral de la demandante. En virtud de lo anterior, se decidió fijar nueva fecha y hora para continuar con la audiencia una vez se allegara lo solicitado.

Lo anterior mediante auto de 11 de diciembre de 2017 que fijó fecha para continuación de audiencia de pruebas para el 3 de abril de 2018, siendo reprogramada mediante auto de 25 de abril de 2018 toda vez que la diligencia no se surtió por incapacidad médica de la titular del despacho.

Finalmente, se celebró continuación de audiencia de pruebas el 20 de febrero de 2020, día y hora señalados mediante auto de 7 de febrero del año en curso, dentro de la cual se incorporaron las pruebas decretadas y se presentaron de forma oral los alegatos de conclusión manifestándose que la sentencia se emitirá por escrito, como en efecto se está resolviendo.

2.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.5.1 La parte demandante: Presentó sus alegatos en audiencia de pruebas llevada a cabo el día 20 de febrero de 2020⁵, los cuales quedaron consignados en el CD que se encuentra en el expediente a folio 153.

⁵ Fls. 147-148

En la diligencia manifestó que se ratifica en todos los hechos y pretensiones de la demanda y solicita del Despacho se accedan a las pretensiones de la misma teniendo en cuenta que la normatividad aplicable en el presente caso son los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 toda vez que allí se indica que el valor de la mesada pensional se liquida conforme al porcentaje de invalidez dictaminado teniendo en cuenta el último salario devengado. Solicita también que no se tenga en cuenta lo establecido por la sentencia de Unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019 toda vez que allí se refiere a las pensiones de jubilación referentes a la ley 33 de 1985.

Contrario sensu pidió que se diera aplicación a lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, M.P. Israel Soler Pedroza en Sentencia de 6 de junio de 2019, así como lo dispuesto en sentencia emitida dentro del proceso 2018-0172 M.P Carmen Alicia Rengifo Sanguino.

2.5.2 La parte demandada: Presentó sus alegatos en audiencia de pruebas llevada a cabo el día 30 de octubre de 2019, los cuales quedaron consignados en medio magnético (CD) que funge a folio 153 del expediente.

Manifestó que deberá acatarse lo dispuesto en sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019 expedida por el Consejo de Estado y que dicha sentencia aplica tanto a la prestación de pensión de jubilación como a la de invalidez.

2.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

3. CONSIDERACIONES

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

3.1. Problema Jurídico: Previo a la descripción del problema jurídico, se hace necesario precisar que el litigio fue fijado en audiencia de 15 de agosto de 2017 (fl.70 vto) señalando que el mismo se concreta en determinar, entre otros puntos, si la demandante tiene derecho a que se reliquide la mesada pensional por invalidez con el 100% del último salario devengado, con la inclusión de todos los factores salariales que percibió durante el último año de servicio en aplicación del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, según el cual “*si la perdida de la capacidad laboral oscila entre el 95.1% y el 100% la pensión será del 100% del ingreso base de liquidación*”, así como que se le reintegren los descuentos para salud

realizados en las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que la entidad en adelante se abstenga de efectuar dichos descuentos. No obstante al revisar con detenimiento la causa petendi de la demanda el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar en primer lugar, si se debe declarar la nulidad de la Resolución No. 2671 de 11 de mayo de 2016 por medio de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó a la señora **NOHORA HUERTAS RAMÍREZ** en su calidad de docente oficial del Magisterio el reajuste de su pensión de invalidez.

En segundo lugar se debe determinar si se debe declarar la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto producto de la falta de contestación a la petición de fecha 30 de julio de 2015, radicada 20150321220462, por medio del cual le negó al actor el reintegro de los descuentos para salud realizados en la mesada pensional adicional de junio y diciembre de 2004 y que en adelante se abstenga de efectuar dichos descuentos.

Como consecuencia de lo anterior se debe establecer si a título de restablecimiento del derecho se debe condenar a las entidades demandadas a que reliquide y pague el reajuste de la pensión de invalidez con el 100% del último salario devengado, así mismo si tiene derecho al pago de las diferencias de las mesadas pensionales resultantes debidamente indexadas.

Para desarrollar y solucionar el problema jurídico planteado, el despacho considera pertinente y necesario, acudir a la normatividad legal así como a las subreglas y precedentes del Honorable Consejo de Estado relacionados con el reconocimiento y pago de la Pensión de Invalidez de los Servidores Públicos, por lo tanto se abordará el siguiente orden conceptual: i) El Régimen pensional de invalidez de los docentes oficiales ii) De las mesadas pensionales adicionales iii) cotizaciones para salud iv) descuentos para salud sobre mesadas adicionales v) cambio de criterio en relación con los descuentos para salud sobre mesadas pensionales y vi) caso concreto.

4. Normatividad aplicable al caso

4.1. 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 bien, la Ley 812 de 2003 estableció en su artículo 81 el régimen prestacional de los Docentes Oficiales así:

“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.”

Conforme al citado precepto legal, los maestros que se vinculen al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se registrarán por el régimen pensional de prima media con prestación definida, previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, mientras que los que se vinculen antes del 27 de junio de 2003 le serían aplicables las normas vigentes con anterioridad a esa fecha, es decir, el contemplado en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 dispone lo siguiente:

“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 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.”

Según la citada normatividad, a los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, las prestaciones sociales se le reconocerían y pagarían de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

A su turno, la Ley 60 de 1993 *“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, con relación al régimen prestacional aplicables a los docentes, estableció en su artículo 6º que:

“(…) El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial (…)”

Posteriormente la Ley 115 de 1994 *“Por la cual se expide la Ley General de Educación”* en su artículo 115 respecto al régimen especial de los Educadores Estatales dispuso lo siguiente:

“(…) Art. 115.- Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley (…)”

Conforme a lo antes expuesto, debe señalarse entonces que si bien es cierto los docentes estatales tienen un régimen especial prestacional, también lo es que,

cuando se trata del reconocimiento y liquidación de pensiones, el régimen aplicable es el de las normas generales para el sector público.

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 5 de febrero de 1993, como se desprende del acto de reconocimiento pensional visible a folios 24-25 del expediente), lo que significa que en materia pensional quedó cobijado por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y el Decreto 1045 de 1978 tal como lo indicó también la entidad demandada (fl. 3).

Es así como 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).

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 PENSION 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 a) fue el que la entidad aplicó a la demandante, por haber acreditado una pérdida de capacidad laboral del 96%, tal y como se consignó en la parte considerativa de la Resolución N° 3168 de 4 de noviembre de 2005 (fls. 3-4), a través de la cual le ajustó la pensión de invalidez ya reconocida.

Ahora bien, como quiera que los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, no se ocuparon de señalar taxativamente los factores a tenerse en cuenta para efectos de la liquidación de pensiones, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 dispuso lo siguiente:

“Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que 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. Modificado posteriormente.

De igual forma, reviste importancia señalar que el Honorable Consejo de Estado respecto al régimen pensional aplicable a los docentes, a través de su Jurisprudencia⁶ ha señalado lo siguiente:

“Así las cosas, el régimen de los docentes corresponde al mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, y las disposiciones que regulan lo relativo a las pensiones de invalidez y jubilación se encuentran consagradas en la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Al respecto esta Sala ha manifestado:

“Teniendo en cuenta las normas transcritas, advierte la Sala que ninguna de ellas establece, en estricto sentido, los elementos constitutivos del régimen pensional aplicable a los docentes. Empero, debe decirse, que ellas sí remiten a las disposiciones de la Ley 91 de 1989 la cual, a su turno, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación establecían como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados el previsto para los empleados públicos del orden nacional, a saber, en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Así se señaló, en la sentencia en cita proferida, por esta misma Sección:

(...) Lo anterior permite deducir que el régimen aplicable para los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, es el establecido para el Magisterio antes de dicha fecha, es decir el contemplado en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 dispone:

(...)

De la norma transcrita se colige que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional.

6 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B MAGISTRADO
PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Sentencia del veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019). Rad: 250002342000201305659 01- Demandante: MARÍA DEL ROSARIO HUERTAS DE BUSTAMANTE Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional.

(...)

De acuerdo con el recuento normativo expuesto en precedencia, estima la Sala que, 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 posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

En este punto, debe precisarse que cuando la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, esto es, para los docentes que vengán vinculados antes de la entrada en vigencia de la citada norma, dicha norma se refiere finalmente a lo dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en cuanto estos contemplan el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%.”

Conforme a lo anteriormente esbozado, se reitera que los docentes no tienen un régimen pensional especial, por lo tanto cuando se trata del reconocimiento y liquidación de pensiones, se aplican las normas generales para el sector público, y en los casos de reconocimiento de pensión de invalidez, es necesario verificar el momento de la vinculación del mismo al servicio para efectos de determinar si es aplicable el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o en su defecto las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

4.2. De las mesadas pensionales adicionales.

Del recuento de las normas que reglamentan el tema observamos que la Ley 4^a de 1976⁷ estableció⁸, 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

⁷ Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.

⁸ 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.

del mes de diciembre, prerrogativa que hoy se halla en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993.

Entre tanto el literal b⁹, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁰ 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 1993¹¹- en los artículos 50¹² y 142¹³, indicó que los pensionados tendrían mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

4.3. De las cotizaciones para salud.

A partir de la Ley 4^a de 1966¹⁴ los pensionados afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, cotizaban mensualmente el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional con destino dicha caja¹⁵, a fin de que ellos y sus familiares pudieran disfrutar de todos los servicios médicos¹⁶.

Por su parte el Decreto 3135 de 1968¹⁷, en relación con la asistencia médica, para pensionados, estipuló una cotización mensual de un cinco por ciento (5%) de la

9 “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.”

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

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

12 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.

13 ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez o 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.

14 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.

15 Parágrafo único del artículo 2 de la Ley 4° de 1966.

16 Artículo 7°, *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).

17 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.

pensión¹⁸. El mismo porcentaje de cotización para acceder al derecho a la atención se determinó¹⁹ en el Decreto 1848 de 1969²⁰ y luego en el numeral 5^o, artículo 8²¹ de la Ley 91 de 1989, incluidas las mesadas adicionales.

El artículo 81²² de la Ley 812 de 2003 dispuso que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones que establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003²³, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

A su vez, el artículo 204²⁴ 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^o) 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.

18 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.

19 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.

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

21 “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”.

22 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.

23 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...”

24 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^o) 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)

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

En primer lugar, el artículo 5²⁵ de la Ley 43 de 1984²⁶ prohibió los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

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

Por su parte, el Decreto 1073 de 2002²⁷, en el artículo 1^{o28} reguló los descuentos en las mesadas pensionales respecto de las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos de empleados o de cooperativas; y sobre estas deudas sí consagra la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas adicionales.

Es decir que la citada norma y la prohibición en ella contenida, se refiere únicamente a los descuentos que ella misma permite, esto es, se reitera, deudas a favor de organizaciones gremiales a fondos de empleados y cooperativas.

Tal argumento fue expuesto por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia del 24 de enero de 2019²⁹, al interpretar el artículo 1° del Decreto 1073 de 2002 donde concluyó que el mismo no se "... refiere a las cotizaciones obligatorias en salud; sino lo que se pretende con la norma es proteger al empleado para que en un solo mes no se le hagan dos descuentos destinados a pagar los créditos que están permitidos a los pensionados. Si bien es cierto, hay que aceptar que la disposición no está escrita de manera clara, examinada en contexto permite la hermenéutica que se realiza. Igualmente, por lo que tal decreto

25 ARTICULO 50. 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 30. del artículo 90 del decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.

Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley

26 Por la cual se clasifican las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público y se dictan otras disposiciones.

27 Por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988.

28 "ARTÍCULO 10. 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.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentos 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. <Parágrafo parcialmente NULO> De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales."

29 Magistrada Ponente. Carmen Alicia Rengifo - Expediente No. 2016-00156.

señala reglamentar el contenido de las Leyes 71 y 79 de 1988, que fueron dictadas antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y que no se relacionan con los aportes obligatorios en salud.”

Como se manifestó en el capítulo anterior, el artículo 81³⁰ de la Ley 812 de 2003 dispuso que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones que establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. La reforma introducida por la citada ley no puede considerarse que sustituyó el régimen pensional de los docentes, toda vez que el objetivo del inciso 4° del artículo 81 de dicha norma, fue fijar el porcentaje de cotización para pensión que debían aportar los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero desde ninguna óptica pretendió la vinculación de dichos docentes al Sistema General de Pensiones, pues tal remisión fue únicamente para establecer la tasa o porcentaje de cotización de los servicios de salud por parte de los pensionados, que en el régimen de los docentes era del 5%, porcentaje sustancialmente inferior al 12% que correspondía financiar a los afiliados del régimen general, cuya diferencia representaba un riesgo para el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud³¹; bajo este panorama, la remisión aludida no puede considerarse extensiva a aspectos como las mesadas pensionales posibles de los descuentos o el destino de estos últimos³².

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

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

30 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.

31 Corte Constitucional – Sala Plena; Magistrado ponente, Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-369 de 27 de abril de 2004; Referencia: expediente D-4859.

32 Sentencia del 19 de octubre de 2017 proferida por la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. M.P. Jaime Alberto Galeano Garzón. Expediente: 11001-33-35-019-2016-00314-01.

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

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

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

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

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

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

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

La Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en casos como el presente inicialmente accedía a las pretensiones de la demanda, pero en providencias recientes cambió su posición, en el siguiente sentido “...Sin embargo, esta Corporación, en Sala de decisión mayoritaria acoge la posición conforme a la cual los descuentos realizados por La Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas adicionales de los pensionados docentes se encuentran ajustados a derecho, bajo la premisa de que dichas deducciones, al igual que aquellas realizadas en las mesadas ordinarias, están destinadas a la sostenibilidad de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se efectúan en virtud de un mandato legal y en observancia al principio de solidaridad que también rige este sistema³³...”.

Por su parte, la Subsección A del mismo Órgano, al decidir un recurso de apelación contra una sentencia de primera instancia que negó el reintegro de los descuentos de las mesadas adicionales de los docentes, confirmó dicha providencia bajo el argumento que el artículo 1° del Decreto 1073 de 2002 se “...refiere a los descuentos que ella misma permite; esto es, los que tienen que ver con las deudas a favor de organizaciones gremiales, a fondos de empleados o de cooperativas; y sobre estas deudas sí consagra la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas adicionales.(...) Pero interpreta la Sala no refiere a las cotizaciones obligatorias en salud; sino lo que se pretende con la norma es proteger al empleado para que en un solo mes no se le hagan dos descuentos destinados a pagar los créditos que están permitidos a los pensionados³⁴...”.

En el mismo sentido, la Subsección F del mismo Tribunal sostuvo que “...La Sala estima, luego de revisar los argumentos de la apelación, las pruebas obrantes en el expediente y la sentencia de primera instancia, que debe confirmar dicha providencia que denegó la pretensión de reintegro de las cotizaciones por salud efectuadas en las mesadas adicionales, considerando que la demandante se vinculó como docente antes del 27 de junio de 2003, razón por la cual le es aplicable el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 que ordena de manera explícita el descuento sobre las m

En razón de lo anterior, si bien este Despacho con anterioridad venía acogiendo la tesis de que las deducciones por concepto de la prestación de servicios de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, debido a que era otra persona el juez del momento el cual compartía dicho criterio y tratándose de los docentes adscritos al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no eran procedentes por cuanto no existía en el ordenamiento jurídico positivo disposición que permitiera efectuarlos, este Despacho con el cambio de jueza con el que

33 Providencia del 19 de octubre de 2017. Magistrado Ponente. Jaime Alberto Galeano Garzón. Expediente No.11001-33-35-019-2016-00314-01 (Oral)

34 Providencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019). Magistrada Ponente: Carmen Alicia Rengifo. Expediente: No. 2016-00156-01 (Oralidad)

actualmente cuenta cambió la posición adoptada por la anterior y en aplicación del precedente vertical, acoge la posición de las Subsecciones A, E y F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según el cual los descuentos realizados por La Fiduciaria la Previsora sobre las mesadas adicionales de los pensionados docentes se encuentran ajustados a derecho, por las razones anteriormente expuestas.

4.6. El caso concreto:

Para resolver el caso en concreto el Despacho se permitirá primero estudiar la pretensión referente a la reliquidación de pensión de invalidez reconocida a favor de la demandante y después la pretensión respecto de los descuentos en salud realizados a las mesadas pensionales de la señora NOHOTA HUERTAS RAMÍREZ.

4.6.1 Reliquidación pensión invalidez con inclusión de factores salariales

En el presente asunto, se pretende la nulidad parcial de la Resolución N° 2671 de 11 de mayo de 2016, mediante la cual se negó la revisión de una pensión de Invalidez, también, que se declarara la nulidad del acto ficto presunto negativo debido a que mediante Oficio 20150931050801 de 26 de octubre de 2015, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A, dio respuesta parcial a la solicitud No. 20150321220462 de 30 de julio de 2015.

A título de restablecimiento del derecho se pretende condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Cundinamarca y Fiduciaria la Previsora S.A, a proferir el acto administrativo que reconozca y pague a su favor la revisión y ajuste de la pensión de invalidez con el 100% del último salario devengado antes del momento de retiro, por cuanto la demandante tiene una pérdida de capacidad laboral de 96%, también el reintegro de los valores descontados en exceso por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año desde que se causó la pensión y hasta el momento del fallo, el valor de las mesadas pensionales que se causen con posterioridad al reajuste y la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto del reajuste ordenado.

En el asunto que ocupa la atención del despacho se logró acreditar dentro del proceso lo siguiente:

- La señora NOHORA HUERTAS RAMÍREZ nació el 2 de octubre de 1963.

- Prestó sus servicios como docente desde el 2 de febrero de 1993 hasta el 16 de mayo de 2004.
- laboró en calidad de docente de vinculación **DISTRITAL**.
- Mediante Resolución No. 4590 de 13 de diciembre de 2004 (fls.2-3), se le reconoció la pensión por invalidez adquiriendo su status de pensionada el 5 de abril de 2004, 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 factor salarial aplicable para la base de liquidación solo la asignación básica, tal como se aprecia a folio 2 del expediente.
- Su reconocimiento pensional se efectuó en cuantía de \$1.251.611, efectiva a partir del 17 de mayo de 2004 en consideración al porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral aportado, que para la fecha lo era del 90%. Por lo tanto le fue liquidada en un 75% del último salario devengado.
- Por Resolución No. 02902 de 20 de octubre de 2005 se decidió ajustar el monto de la pensión a la suma de \$1.312.315 a partir del 17 de mayo de 2004, correspondiendo al 75% de la mesada pensional (fls.92-93)
- Mediante Resolución No. 3168 de 4 de noviembre de 2005 se ajustó la pensión de invalidez nuevamente la prestación reconocida con ocasión de nuevo dictamen aportado, el cual arroja como resultado una pérdida de capacidad laboral del 96%. En consecuencia se resolvió aumentar la mesada pensional reconocida a la cuantía de \$1.845.989, correspondiente al 100% de la mesada pensional, a partir del 15 de julio de 2005,
- En respuesta a peticiones elevadas por la demandante (fls. 9-14), a través de la Resolución No. 2671 de 11 de mayo de 2016, la Secretaria de Educación del Distrito - Dirección de Talento Humano, negó el ajuste de la pensión de invalidez, al tiempo que niega la solicitud de reintegro de descuentos en salud.
- Del certificado de factores salariales (fl.23) se desprende que el accionante en el último año anterior al retiro del servicio devengó los factores salariales de **sueldo, prima especial, prima de 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 100% de su asignación mensual.

En ese orden de ideas, según el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en la liquidación de las pensiones, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salarios: La asignación básica mensual, los gastos de representación y la prima técnica, los dominicales y feriados, las horas extras, los auxilios de alimentación y transporte, **la prima de navidad**, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, 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, los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978, **la prima de vacaciones**, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la señora NOHORA HUERTAS RAMIREZ, en el último año de servicios devengó además del sueldo, los siguientes factores salariales: la prima de navidad y la prima vacacional esto es, en el periodo comprendido del 5 de abril de 2003 al 5 de abril de 2004, los cuales se encuentran enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, es claro que la actora tiene derecho a que se le incluyan los mismos en la liquidación de su pensión de Invalidez.

No sucede lo mismo con la prima especial debido a que esta no se encuentra enlistada en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, como tampoco fue establecida en una norma especial que le haya dado el carácter de factor salarial para la pensión, por lo tanto, no podrá ser tenida en cuenta para conformar la base de liquidación solicitada por la demandante.

4.6.2 De los descuentos en salud

En el presente asunto, está demostrado que la demandante se vinculó al servicio público docente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, el 2 de febrero de 1993 (fl.24)

Es decir que 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 párrafo 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.

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 **deberán incluirse dentro de la liquidación de la mesada pensional reconocida a favor de la demandante los valores efectivamente devengados** durante el último año de servicios, esto es del 5 de abril de 2003 al 5 de abril de 2004 por concepto de prima especial, prima de navidad y prima de vacaciones, de conformidad con el certificado de factores salariales que obra a folios 23 y 24 del expediente.

También, por las razones expuestas, con base en las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003 y 1250 de 2008, para el Despacho no resulta procedente ordenar la suspensión y reembolso de los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales.

En este sentido, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar en relación con la pretensión de reliquidación de la mesada pensional reconocida a favor de la demandante. No así respecto a la pretensión de reintegro de los valores descontados por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

En consecuencia, el acto ficto presunto de carácter negativo acusado, originado en el silencio administrativo de la entidad con ocasión de la petición de la demandante fechada 30 de julio de 2015 conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

No sucede lo mismo con la Resolución 2671 de 11 de mayo de 2016, la cual se encuentra afectado de nulidad al haberse desconocido las premisas normativas expuestas en esta sentencia pues como quedó demostrado, en lo atinente al ajuste de la pensión de invalidez reconocida, la misma procede toda vez que fueron omitidos en la liquidación de la mesada los valores devengados por la demandante por concepto de prima de navidad y prima de vacaciones, visibles, a folios 23 y 24 del expediente.

Por lo anterior, se ordenará a la entidad accionada a reliquidar la pensión de jubilación de la señora NOHORA HUERTAS RAMIREZ, incluyendo además de los factores que le fueron reconocido, la doceava parte del valor de la prima de navidad y la prima vacacional, devengada por la misma en el año anterior al retiro del servicio, y a pagar las diferencias de las mesadas pensionales resultantes entre lo reconocido y pagado en virtud de lo dispuesto en la Resolución No. 3168 del 4 de noviembre de 2005, y las que le debe pagar legalmente a partir de la citada fecha.

Las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado y lo que debió pagarse en virtud de esta providencia, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde 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 (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación del reajuste pensional).

Debe aclararse que por 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 uno de ellos.

En relación a la negativa de la entidad al reintegro de los descuentos en salud a la demandante, el acto acusado conserva su validez y eficacia.

Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³⁵, 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 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.”

³⁵ 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)

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 la Resolución No. 2671 de 11 de mayo de 2016, por medio de la cual se niega el ajuste de la pensión de invalidez reconocida a favor de la docente **NOHORA HUERTAS RAMÍREZ** identificada con Cédula de Ciudadanía No. 51.711.638, y en su lugar **incluir 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 5 de abril de 2003 al 5 de abril de 2004 por concepto de prima especial, prima de navidad y prima de vacaciones, de conformidad con el certificado de factores salariales que obra a folios 23 y 24 del expediente.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior se CONDENA a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que reliquide la pensión de invalidez reconocida a favor de la docente **NOHORA HUERTAS RAMÍREZ**, 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 5 de abril de 2003 al 5 de abril de 2004 por concepto de prima de navidad y prima de vacaciones, en consideración a los motivos y de la forma indicada en la parte considerativa de la presente providencia.

Igualmente, deberá la demandada pagar a la señora **NOHORA HUERTAS RAMIREZ** 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.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada se actualizarán en la forma indicada en la parte motiva, aplicando para tal fin la fórmula señalada.

Para tal efecto, la entidad demandada hará las deducciones sobre los elementos ahora incluidos siempre y cuando no hayan sido objeto de aportes por el empleador.

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

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

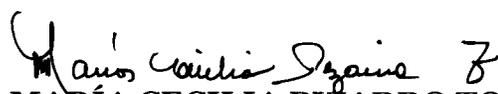
QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría expídanse copias de la misma, de conformidad con lo señalado en el artículo 114 del C.G.P., y en los términos de la solicitud que se presente.

OCTAVO: 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


MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ

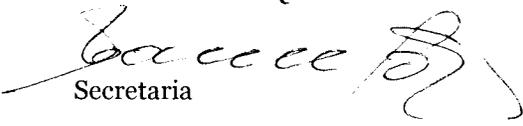
JLPG

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA
CONSTANCIA DE NOTIFICACION

BOGOTA, D.C.

14 MAYO 2020

DADO EL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA MUNDIAL Y DE CONFORMIDAD CON EL ACUERDO PCSJA20-11549 DEL 7 DE MAYO DE 2020 PROCEDO A REGISTRAR Y NOTIFICAR POR ESTE MEDIO LA ANTERIOR SENTENCIA, ADVIRTIENDO QUE EL TERMINO DE EJECUTORIA COMENZARÀ A CORRER A PARTIR DEL DÌA QUE SE REANUDEN LOS TERMINOS JUDICIALES QUE HOY SE HALLAN SUSPENDIDOS.


Secretaria