



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda

Carrera 57 No. 43-91 Edificio Sede Despachos Judiciales - CAN

Juez, CATALINA DIAZ VARGAS

Bogotá, D.C., 7 de diciembre de 2017

“Sentencia N° 0140 de 2017”

(Artículo 183 Ley 1437 de 2011)

Expediente: 11001-33-35-016-2015-00824-00
Demandante: MARITZA MORENO DE CRESPO
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONPREMAG-FIDUCIARIA
LA PREVISORA - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

Tema: Incapacidades, reliquidación de pensión de invalidez y descuentos en salud

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral

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 corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La demandante MARITZA MORENO DE CRESPO solicita a esta Jurisdicción que declare la nulidad del oficio No. S-2011-121104 de 20 de septiembre de 2011, por medio de la cual se niega la reliquidación de pensión de invalidez a la demandante, la nulidad del oficio No. 2011EE77499 del 23 de septiembre de 2011, mediante la cual se negó el pago de las incapacidades a la demandante, el acto ficto producto de la solicitud con radicado E -2013-115552, del 25 de junio de 2013; el acto ficto producto de la solicitud E-2013-146522, del 14 de agosto de 2013, referente al reconocimiento y pago de salarios e incapacidades; la nulidad

de la Resolución No. 7978 del 28 de noviembre de 2014, mediante la cual la Secretaría de educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio niega la revisión de pensión a la demandante; la nulidad de la Resolución No. 371 del 4 de marzo de 2015 por medio de la cual se niega a la demandante el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales, la nulidad del oficio No. 2014EE00015138 del 10 de marzo de 2014 mediante la cual la Fiduprevisora niega el reintegro y suspensión de los valores descontados por salud y el acto ficto presunto producto de la solicitud radicada el 25 de septiembre de 2014, por medio de la cual se solicita el reconocimiento y pago de prestaciones sociales e incapacidades entre el 29 de septiembre de 2010 hasta el 15 de junio de 2011.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordena la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduciaria La Previsora S.A. a reajustar la liquidación de invalidez incluyendo todos los factores salariales cotizados durante los últimos 10 años anteriores al retiro; el pago de los cinco días desde la fecha de retiro por invalidez hasta la fecha del estatus de la pensión de la demandante desde el 10 de junio de 2011 hasta el 15 de junio de 2011; el reintegro de los valores descontados por aportes a salud en las mesadas ordinarias, canceladas en el primer pago, el reintegro de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año desde que causó la pensión y hasta el momento de la sentencia y ordenar a las entidades suspender los descuentos por seguridad social salud, sobre la mesada pensional adicional de junio y diciembre de cada año que se cause a partir de la sentencia.

2. - NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como normas violadas de rango constitucional los artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 58 y 228 y de orden legal la Ley 91 de 1989, el artículo 2º de Ley 4ª de 1992, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998, el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

4.1 Oposición a la demanda por parte de la Secretará de Educación de Bogotá

En su escrito de contestación de la demanda a folio 82-90 manifestó que se opone a todas y cada de una de las pretensiones de la demanda en consideración a que

este ente es un organismo perteneciente al Nivel Central del Distrito Capital, que para efectos del pago de prestaciones sociales de los docentes, obra en nombre del Ministerio De Educación- Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio; por lo tanto carece de legitimación para actuar como también para hacer los descuentos en salud o suspender los mismo.

4.2 Oposición a la demanda por parte del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria La Previsora S.A.

Se observa que la entidad demandada contestó de forma extemporánea la demanda

4.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1 Hechos probados: En el expediente se halla probado lo siguiente:

1. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció a la docente Maritza Moreno de Crespo Mediante Resolución N° 3012 del 18 de junio de 2013 una pensión por Invalidez debido a la pérdida de la capacidad laboral del 66.95%, efectiva a partir del 16 de junio de 2011, teniendo en cuenta el equivalente al 54% del promedio de los salarios sobre las cuales cotizó la accionante durante su historia laboral. De la misma Resolución se extrae que a la fecha de estructuración de la invalidez de la docente no se encontraba activa al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá, además se indicó que la pensión de invalidez tendrá vigencia mientras subsistan las condiciones que le dieron origen (copia de la resolución a folios 2 a 5 del expediente)

2. La accionante solicitó, el 6 de septiembre de 2011, a la Secretaría de Educación de Bogotá proferir el acto administrativo de retiro definitivo del servicio desde la fecha en que se dictaminó la invalidez, esto es, desde 10 de junio de 2011 (fl. 28).

3. Mediante oficio No. S-211-12104 del 20 de septiembre de 2011 la Secretaría de Educación de Bogotá resolvió la anterior petición y sostuvo que no es posible expedir un nuevo acto administrativo de retiro toda vez que se encontraba retirada desde el 29 de septiembre de 2010, (fls. 29-30).

4. Mediante petición del 6 de septiembre de 2011, la accionante solicitó a la Fiduciaria La Previsora S.A. que se le explicara por qué le prestó el servicio médico hasta junio de 2011 y fueron expedidas incapacidades durante los años 2010 y 2011 (Posterior al retiro) (fl.31).

5. La anterior petición fue resuelta por la Fiduciaria La Previsora S.A. el 23 de septiembre de 2011 sosteniendo que le brindó atención médica toda vez que después de su vinculación tenía derecho a un mes de servicios integrales y dos meses de urgencias. Los demás servicios que se prestaron fueron las atenciones solicitadas en conexión con el accidente de trabajo sufrido en el año 2010 (fls. 32-33).

6. La accionante solicitó el pago de salarios o incapacidades desde el 1º de octubre de 2010 al 15 de junio de 2011 mediante petición radicada en la Secretaría de Educación de Bogotá el 25 de junio de 2013 (fl. 25).

7. La Secretaría de Educación de Bogotá no resolvió la anterior petición razón por la cual operó el silencio administrativo negativo, cuyo acto ficto también es objeto de esta demanda. En efecto, dentro del expediente no hay prueba de la respuesta expresa de la entidad.

8. La accionante solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá, el 14 de agosto de 2013 radicado No. E-2013-146522, que le resolvieran la petición del 25 de junio de 2013, atendiendo a la respuesta de la Fiduciaria La Previsora S.A., oficio No. 2013EE00072372 del 5 de agosto de 2013, en la que le indicaron que la encargada de pagar las incapacidades era dicha Secretaría (fl. 26).

9. La Secretaría de Educación de Bogotá no le contestó la anterior petición a la actora razón por la cual operó el silencio administrativo negativo, cuyo acto ficto también es objeto de esta demanda. Es claro que, en el expediente no hay prueba de la respuesta expresa de la entidad.

10. El 25 de septiembre de 2014 la demandante Maritza Moreno de Crespo elevó una petición dirigida al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá D.C. radicado bajo el N° 2014-PENS-019059 en la que solicitó la reliquidación de su pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales certificados hasta la fecha de su retiro (29 de septiembre de 2010) el reintegro de las suma descontadas por concepto de salud que se hizo en el primer

pago y en las mesadas adicionales de junio y diciembre (fotocopia informal de la petición con sello original de recibido de la entidad reposa folios 6 a 8 del expediente).

11. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Bogotá D.C. a través de la Resolución N° 7978 del 28 de noviembre de 2014 dio respuesta negativa respecto de la reliquidación de la pensión de Invalidez, en el entendido que la liquidación fue efectuada conforme al promedio del IBC¹ correspondiente al tiempo laborado en la Secretaría de Educación de Bogotá y teniendo en cuenta la fecha de estructuración de la incapacidad, es decir, a partir del 15 de junio de 2011. Respecto de los descuentos en salud le expresó que la Secretaría de Educación no está a cargo de realizar dichos descuentos toda vez que los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los administra una fiduciaria y es quien realiza dichas deducciones. Al efecto, resolvió negar la solicitud de reliquidación de la pensión de invalidez de la actora y de reintegro de los descuentos por concepto de salud (fotocopia milita a folios 9 a 11 del expediente).

12. La demandante Maritza Moreno de Crespo mediante petición radicada ante la Secretaría de Educación de Bogotá, del 30 de septiembre de 2014 radicado No. E-2014-161574, (fl. 13 cuaderno principal) solicitó el pago de los salarios, prestaciones sociales, incapacidades para el período comprendido entre el 29 de septiembre de 2010 (fecha de retiro) hasta el 15 de junio de 2011 (fecha de estructuración de la invalidez).

13. La Secretaría de Educación de la Alcaldía Mayor de Bogotá mediante Resolución No. 371 del 4 de marzo de 2015 resolvió negativamente la petición anterior toda vez que la vacante que ocupaba en provisionalidad la señora Maritza Moreno fue provista mediante nombramiento en propiedad por lo que se desvinculó a la accionante a partir del 29 de septiembre de 2010. Dadas las recomendaciones de la IPS² Médicos Asociados se tomó la decisión de continuar prestando su servicio de salud, asistenciales, tratamiento y suministros a fin de obtener una favorable evolución de las patologías de Maritza Moreno de Crespo, pero el médico tratante no le otorgó una nueva incapacidad desde el 2 de septiembre de 2010 hasta el 28 de septiembre de 2010. Adicionalmente, informó que, a la fecha de retiro de la accionante medicina laboral de la IPS Médicos

¹ Ingreso Base de Cotización.

² Instituto Prestador de Salud.

Asociados había emitido diagnóstico en el que sostenía que no se configuraba ninguna incapacidad o disminución de la capacidad productiva. Se extrae del acto acusado que la accionante recibió nuevas incapacidades desde el 2 de noviembre de 2010 hasta el 29 de mayo de 2011 por parte de la IPS Médicos Asociados especificando que se trataba de una docente “desactivada”, (copia de la Resolución a folios 14 a 18 del expediente). La anterior resolución fue notificada al apoderado de la accionante el 12 de marzo de 2015, (fl. 19).

14. La accionante por medio de petición de fecha 16 de enero de 2014 militante a folio 20 del expediente radicada ante la Fiduciaria La Previsora S.A. solicitó el reintegro de los descuentos efectuados por salud que se realizaron en el primer pago de su mesada pensional, así como el reintegro de los descuentos realizado sobre las mesadas adicionales junio y diciembre; que se suspendieran dichos descuentos y que se ordenara el pago de 15 mesadas pensionales por año.

15. La Fiduciaria La Previsora S.A. en respuesta a la anterior petición, expidió el Oficio N° 2014EE00001538 del 10 de marzo de 2014 - *acto acusado*-, mediante el cual negó las peticiones de la accionante sobre la suspensión de los descuentos en su mesada pensional por concepto de salud, por cuanto la Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 autorizan de manera expresa dichos descuentos en un 12% y sobre el pago de mesadas adicionales; le informó que los mismos se han hecho de acuerdo con los términos y normas establecidas, razón por la cual consideró no procedente acceder a lo solicitado (copia original del oficio de respuesta figura a folios 22-23 del expediente).

16. La señora Maritza Moreno de Crespo mediante petición dirigida a la Fiduprevisora S.A., el 25 de septiembre de 2014, solicitó se le ordenará el pago de las incapacidades por el periodo comprendido entre en 29 de septiembre de 2010 hasta el 15 de junio de 2011, (fl. 21).

17. La Fiduprevisora S.A. no resolvió la anterior petición y en consecuencia operó el silencio administrativo negativo, cuyo acto ficto también es objeto de esta demanda. En efecto, dentro del expediente no hay prueba de la respuesta expresa de la entidad

18. A folio 24 del expediente milita en fotocopia de extractos expedidos por la Fiduciaria La Previsora S.A. el 5 de marzo de 2014 en los que se evidencia que a la

señora Maritza Moreno de Crespo no le han realizado descuentos para las mesadas adicionales.

19. A folio 35 reposa dictamen de la calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez expedido por la Unión Temporal Médico salud en el que se diagnosticó que la señora MARITZA MORENO DE CRESPO tenía una disminución de la capacidad laboral del 67% con calificación de enfermedad de origen profesional.

20. Con la demanda se aportó el certificado de factores salariales expedido por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá del 12 de mayo de 2011, en el que consta que la señora MARITZA MORENO DE CRESPO durante su vinculación devengó sueldo, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones, (fls. 36-38).

5.- Actos acusados

5.1 En relación con las incapacidades reclamadas en la presente causa

- Oficio No. 2011EE77499 expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A. (fl 32).
- Acto ficto respecto del Derecho de petición No. E-2013-115552 del 25 de junio de 2013 (fl25).
- Acto ficto respecto del Derecho de petición No. E-2013-145522 del 14 de agosto de 2013 (fl26).
- Acto ficto respecto del Derecho de petición No. E-2014-161574 del 30 de septiembre de 2014 (fl 13).
- Resolución No. 0371 de 04 de marzo de 2015, por medio de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá niega el reconocimiento y pago de las incapacidades reclamadas (fl 14-18).

5.2 Reliquidación de pensión

- Resolución No. 7978 del 28 de noviembre de 2014, por medio de la cual se niega la revisión de pensión de invalidez, e incluye respuestas respecto de los descuentos en salud (fl 9).

5.3 Descuentos en salud

- Resolución No. 7978 del 28 de noviembre de 2014, por medio de la cual se niega la revisión de pensión de invalidez, e incluye respuestas respecto de los descuentos en salud (fl 9).
- Oficio No. 2014EE00015138 expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A., respecto de los descuentos en salud (fl 22).

5.4 Oficio 121104 del 20 de septiembre de 2011, por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá, manifiesta que no es posible acceder a la solicitud de expedición de acto administrativo de retiro por cuanto ya se encontraba retirada, y argumenta que el pago de las cesantías le corresponde al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl 29-30)

6. Alegatos de conclusión por escrito

6.1.- *Alegatos de la parte demandante:* El apoderado de la parte demandante manifiesta que se ratifica en cada uno de los hechos y pretensiones de la demanda, así como los argumentos legales y jurisprudenciales, señala que el accidente de trabajo sufrido por la demandante le causó estrés postraumático que aun mantiene y que sigue incrementando y que le ha generado un cuadro médico de deterioro de salud físico, síquico y cognitivo.

6.2.- *Alegatos de la parte demandada:* En los alegatos de conclusión el apoderado de la entidad demandada, señala que la prueba respecto de la certificación de la incapacidad laboral es incompleta e ineficaz, ya que el ascenso del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral fue generado por el deterioro normal de la enfermedad común no profesional y además señala que dentro de las certificaciones no se especifica la descripción de las deficiencias del deterioro; en este sentido recalca que las pruebas no son procedentes para ordenar la reliquidación de la pensión de invalidez de la cual goza la actora.

7. Problema jurídico

El problema jurídico se contrae a determinar si la señora MARITZA MORENO DE CRESPO tiene derecho a que su pensión se reliquide de modo que corresponda al 75% del salario promedio, incluyendo todo lo que devengado durante el tiempo cotizado en los años 2006, 2008, 2009 y 2010; a que se le

reintegren los descuentos realizados para salud sobre las mesadas ordinarias canceladas en el primer pago, el reintegro de 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 y finalmente al pago de las incapacidades por el periodo comprendido entre el 29 de septiembre de 2010 hasta el 15 de junio de 2011, cuando se encontraba retirada de la entidad.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas y normativas, las alegaciones de los apoderados, lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial y las pruebas a continuación se relacionan.

7- NORMAS APLICABLES Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

7.1.- De las mesadas pensionales adicionales

Del recuento de las normas, observamos que la Ley 4^a de 1976³ estableció⁴ en forma general para todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial y privado, una mesada adicional pagadera cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, prerrogativa que hoy se halla en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993.

Entre tanto el literal b⁵, numeral 2, artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁶ 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 1993⁷* en los artículos 50⁸ y 142⁹, indicó que los pensionados tendrían mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre.

³ Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.

⁴ Artículo 5^o 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.

⁵ "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."

⁶ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁷ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

⁸ 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.

⁹ ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

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

La Corte Constitucional¹⁰ 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 1º 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.

7.1.1.- Cotizaciones para salud

A partir de la Ley 4ª de 1966¹¹ los pensionados afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, cotizaban mensualmente el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional con destino dicha caja,¹² a fin de que ellos y sus familiares pudieran disfrutar de todos los servicios médicos.¹³

Por su parte el Decreto 3135 de 1968¹⁴, en relación con la asistencia médica, para pensionados, estipuló una cotización mensual de un cinco por ciento (5%) de la pensión¹⁵. El mismo porcentaje de cotización para acceder al derecho a la atención se determinó¹⁶ en el Decreto 1848 de 1969.¹⁷

¹⁰ Corte Constitucional C-461 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹ 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.

¹² Parágrafo único del artículo 2 de la Ley 4ª de 1966.

¹³ Artículo 7º, *ibid.*- 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).

¹⁴ 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.

¹⁵ Artículo 37º.- 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.

¹⁶ Artículo 90º.- 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.

¹⁷ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

El artículo 81¹⁸ 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 2003.¹⁹

A su vez, el artículo 204²⁰ de la Ley 100 de 1993 sobre la cotización para salud en general, establece que el monto y la distribución de las cotizaciones al régimen contributivo de salud a partir del primero (1º) de enero del año 2007, es del 12,5% del ingreso o salario base de cotización.

Ahora, los pensionados deben cotizar para salud el 12% de la respectiva mesada y corre por su cuenta la totalidad del mencionado aporte.

7.1.2.- Descuentos para salud sobre las mesadas adicionales

Comienza el Despacho por señalar que los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud tienen el carácter de *contribuciones parafiscales*, y en tratándose de un gravamen que incide sobre la mesada pensional afecta su monto real, por tanto deben estar soportados en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, entre otros principios, que debe permear todo tributo. En

¹⁸ 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.

¹⁹ 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..."

²⁰ 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 (1º) 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)

esos términos lo ha reiterado la Corte Constitucional, en sentencia C-430 de 2009.²¹

Desde el artículo 5²² de la Ley 43 de 1984²³ el legislador tuvo a bien prohibir los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

Por su parte, el numeral 5^o, artículo 8²⁴ de la Ley 91 de 1989 establecía un aporte de los pensionados del 5% de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales, disposición que quedó subsumida y tácitamente derogada desde el 27 de junio de 2003 por efecto del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 –fecha de vigencia de esta ley- que extendió la aplicación de la Ley 100 de 1993 a los docentes, incrementando la cotización para salud al 12%, totalmente a su cargo, pero en ninguna de sus disposiciones se refiere a los aportes para salud sobre las mesadas pensionales adicionales.²⁵

En la interpretación hecha por el Consejo de Estado, en concepto 1064 del 16 de diciembre de 1997,²⁶ la Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló que las mesadas

²¹ “en reiterada jurisprudencia [se atribuye] a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, y en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo.”

²² 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

²³ 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.

²⁴ “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”.

²⁵ El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, M.P. César Palomino Cortés, proceso 2007-00473, demandante José Daniel Duque Herrera, en la sentencia del 2 de septiembre de 2010, señaló que: “... en criterio de la Sala el numeral 5^o del artículo 8^o de la ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003, (fecha de promulgación de la ley 812 de 2003), no sólo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma, pues ha quedado establecido que la Ley 100 de 1993 no previó descuentos sobre las mesadas adicionales y las normas anteriores y posteriores expresamente consagran su prohibición, evidenciándose que ese ha sido desde otrora el querer del legislador.” En idéntico sentido el mismo Tribunal Sección Segunda, Subsección “B” en sentencia del 3 de mayo de 2012 expediente 2007-407 con ponencia del M.P. Carmelo Perdomo Cuéter, confirmando una sentencia de este Juzgado. También lo hizo la misma Sala en sentencia del 22 de agosto de 2013, expediente 2010-00534 confirmando otra providencia de este Juzgado y reafirmando que la condena la debe cumplir la Fiduciaria La Previsora S.A.

²⁶ Consejero Ponente Augusto Trejos Jaramillo. En esta oportunidad el Gobierno Nacional- Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en la consulta que dio lugar al referido concepto preguntó al Consejo de Estado, si “¿El reajuste para salud a que se refiere el artículo 143 de la ley 100 de 1993, aplicable a las mesadas mensuales, se debe aplicar igualmente a las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre?” y el Órgano Consultivo en el Concepto ya mencionado, respondió: “(...) estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino al pago de la cotización de los pensionados al sistema general de seguridad social en salud, por cuanto, de una parte, existe norma expresa que así lo dispone para la correspondiente al mes de diciembre y en relación con la del mes de junio la norma señala taxativamente que ésta equivale a una mensualidad adicional a su pensión, sin hablar de deducción como aporte

adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del 12% con destino a salud, porque respecto de la *mesada de diciembre* existe norma expresa que así lo prohíbe y en relación con la *del mes de junio* no hay norma que autorice deducción como aporte para salud.

En el mismo sentido encontramos el Decreto 1073 de 2002, por medio del cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, que regula aspectos que tienen que ver con los descuentos a las mesadas pensionales, en cuyo artículo 1º estableció²⁷ que las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por ese decreto.

Congruente con lo anterior el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que “*sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho*”. De lo anterior, se infiere con claridad que todo descuento no autorizado por el titular debe estar ordenado en la ley.²⁸

De lo anterior, infiere el Despacho que a partir del 27 de junio de 2003 no resulta procedente efectuar descuentos para salud sobre las mesadas adicionales del personal afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ello orientados por el principio de legalidad que debe caracterizar todo descuento para salud sobre las mesadas pensionales adicionales, como *contribuciones*

para salud; de otra parte, el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual mal podría efectuarse en las dos mesadas que percibe, tanto en junio como en diciembre, lo que equivaldría al veinticuatro (24%) por ciento para cada uno de estos meses. Como consecuencia de lo anterior, las mesadas adicionales de junio y de diciembre deben ser pagadas sin el reajuste mensual autorizado por el artículo 143 de la ley 100 de 1993, habida cuenta de que ese reajuste se estableció para compensar el aumento de la cotización en salud y al no estar obligado el pensionado a pagar con dichas mesadas ese aporte, tampoco tiene derecho a que se le reconozca el valor correspondiente al reajuste (...)

²⁷ “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.

... 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 (142 de la Ley 100 de 1993), los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales.” Lo que está subrayado entre el paréntesis fue declarado nulo por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 3 de febrero de 2005.

²⁸ En igual sentido se pronunció, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C” en un reciente pronunciamiento del 24 de junio de 2016, M.P. Samuel José Ramírez Poveda, proceso 2014-0532, demandante José Pablo Manuel Arias reiteró que “... no puede efectuarse descuentos del 12% a las mesadas adicionales de junio y diciembre conforme al artículo 7º de la Ley 42 de 1982, artículo 5º de la Ley 43 de 1984 y según los lineamientos conceptuados por la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado”; postura que a su vez ha sido reiterada por la Sección Segunda Subsección “D” en sentencias del 28 de abril de 2016, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, proceso 2014-0565, demandante Aminta Elena Hidalgo Aguilera y del 18 de febrero de 2016, M.P. Cerveleón Padilla Linares, proceso 2014.0303, demandante María Delia Ramírez Jiménez de la misma Corporación.

parafiscales, echa de menos la norma legal vigente que imponga en forma clara y expresa tal gravamen, no es posible inferirlo por vía de mera interpretación, pues como reza el generalizado axioma “*donde la ley no distingue no le es dado al intérprete distinguir*” y de hacerlo erosionaría derechos subjetivos de los pensionados, protegidos por diferentes normas de la Constitución Política.

7.1.3. De la responsabilidad de La Fiduprevisora S.A.

Teniendo en cuenta que algunas providencias judiciales afirman que en estas controversias judiciales la FIDUPREVISORA S.A. solo actúa como administrador de los recursos del FOMAG y que por ello este Fondo es el llamado a responder, el Consejo de Estado²⁹ claramente ha sostenido - con toda razón - lo contrario, así: “*En lo litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentra vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional. A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.*”

En el presente caso no nos hallamos frente un acto de reconocimiento de la prestación, sino en presencia de unos descuentos ilegales hechos por la Fiduciaria sobre la pensión ya reconocida a la demandante, al margen de la intervención del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

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

²⁹ Concepto del 23 de mayo de 2002, del Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. César Hoyos Salazar. Radicación Número: 1423.

Si bien los recursos que administra la Fiduciaria La Previsora S.A. pertenecen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, en virtud del contrato de Fiducia que existe con el Ministerio de Educación Nacional, La Previsora S.A., en calidad de fiduciario lleva la personería de ese patrimonio en actuaciones administrativas o judiciales y es su obligación defender y proteger los bienes que conforman el Fideicomiso, contra terceros y ejercer las acciones que correspondan, conforme lo regula el numeral 4º, artículo 1234 del Código de Comercio. En esos términos se determinó en el artículo 2.5.5.1 del Decreto 2555 de 2010.³⁰

De acuerdo con lo anterior, al pertenecer la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., al sector descentralizado por servicios de la administración pública nacional³¹, no puede desconocerse que está facultada para dictar actos administrativos, lo que adquiere mayor razón por la condición de empleados públicos del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio al que la Fiduciaria La Previsora S.A. le efectúa los descuentos demandados y porque la responsabilidad de descontar tales aportes para el sistema de seguridad social en salud es un deber legal³², en torno a una función pública.

³⁰ “Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia. El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo. En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

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

³¹ Corte Constitucional C-783 de 1999, sentencia del 13 de octubre de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis, sobre la naturaleza jurídica de la Fiduciaria La Previsora S.A., señaló que: “(...) Aplicados los anteriores criterios de la función administrativa, al manejo de recursos públicos a través del Fondo en referencia, se puede concluir que las actividades que para la puesta en marcha y funcionamiento de ese Fondo se adelanten, así como aquella que lleva involucrada la administración que el mismo debe ejercer, presentan una naturaleza claramente administrativa.

(...) En este punto, adquiere especial relevancia hacer mención de la naturaleza jurídica de la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional. Su constitución fue autorizada por el artículo 30. del Decreto 1547 de 1984 y, de conformidad con lo establecido por el parágrafo 10. del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, se encuentra sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto la participación del Estado en su capital social, es superior al 90%. Tiene personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, la cual se ejerce de conformidad con los actos que la rigen y, para el cumplimiento de sus funciones, se ceñirá al Decreto 1547 de 1984, así como a sus estatutos internos.

(...) Como puede observarse, configura la referida sociedad, una entidad descentralizada por servicios que en desarrollo de su objeto social gestiona un interés propio del Estado, a través de la realización de una actividad de naturaleza financiera. Precisamente, por ser ésta entidad una manifestación de la actuación descentralizada del Estado, bien puede ser sujeto de la destinación de la asignación legal de una función administrativa para cumplir.

(...) Así mismo, la pertenencia de la Fiduciaria a la administración pública en la órbita del sector descentralizado por servicios, ha sido factor determinante para que en desarrollo de su objeto social, le hayan sido asignadas por disposición legal, funciones específicas para el cumplimiento de cometidos estatales....

³² Artículo 161 de la ley 100 de 1993/ Decreto 1072 de 2002 La institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley.

7.1.4 *De la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG*

Pese a lo expuesto en el numeral anterior, el Ministerio de Educación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe asumir la responsabilidad en la presente controversia, por cuanto los demandantes presentan peticiones solicitando el reintegro de los descuentos en salud realizado en las mesadas pensionales adicionales y además conforme a la Ley 91/91 creó el FOMAG para efectuar el pago de las prestaciones a los docentes.

8. *El caso concreto en relación con los descuentos en salud*

Una vez expuestos los argumentos legales y jurisprudenciales el despacho entra a resolver el caso concreto respecto a los descuentos en salud.

En el presente caso se observa que en los desprendibles de pago allegados al plenario, correspondiente a las mesadas de la accionante (fls.180), se verifica que la Fiduciaria La Previsora S.A. le viene haciendo descuentos a la actora sobre las mesadas pensionales adicionales de diciembre y junio con destino a salud bajo la denominación “SERVICIO MÉDICO”.

En el expediente solo obra prueba que le viene haciendo esos descuentos desde el 30 junio de de 2014 hasta el 30 de junio de 2017 comprendiendo las mesadas adicionales de junio y diciembre (fls.180). No obra dentro del expediente prueba de la cual se pueda evidenciar que se hayan realizado descuentos en salud desde la fecha del reconocimiento pensional.

En consecuencia, la devolución de tales descuentos debe efectuarse desde el 30 de junio de 2014, fecha en la cual se demostró que se hicieron los descuentos en las mesadas adicionales de diciembre (fls.180).

Sin embargo, en el presente caso no opero la prescripción extintiva trienal de los descuentos efectuados para salud teniendo en cuenta que entre la presentación de la petición de devolución de los descuentos (el 25 de septiembre de 2014, fl. 6) y el primer descuento que acreditó la parte demandante (el 30 de junio de 2014 fl.180 vto., no transcurrieron más de tres (3) años.

De acuerdo con las normas y las jurisprudencias atrás citadas, se puede establecer que los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre no están soportadas en una norma legal que los autoricen en forma precisa y expresa, tornándose ilegales y en consecuencia es procedente anular los actos acusados y ordenar su reintegro indexado.

9. De la pensión de invalidez

9.1. El derecho a la seguridad social

Nuestra Carta Política de 1991 consagró dentro del catálogo de derechos un capítulo al que nombró “*de los derechos, sociales, económicos y culturales*”, los cuales son todos aquellos que permiten el progreso digno de las personas dentro de una sociedad, razón por la cual el Estado debe reglamentarlos para la efectividad de su cumplimiento, no obstante lo anterior, el amparo y la salvaguarda de estos derechos se convierte en una tarea fundamental de la Nación, sí aplicando la tesis de la conexidad estos obtienen la connotación de derechos fundamentales Constitucionales.

En efecto, la jurisprudencia constitucional abordó la línea según la cual los derechos constitucionales son fundamentales aun aquellos que tienen un contenido sustancialmente prestacional.³³

Ahora bien, dentro de esta categoría se halla el derecho a la seguridad social, consagrado en el artículo 48 de la Constitución, establecido como un servicio público obligatorio por lo que es obligación del Estado reglamentarlo bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

De igual manera el derecho a la seguridad social se puede establecer como un sistema compuesto por un conjunto de normas y procedimientos que se encargan de reglamentar la diversidad de regímenes prestacionales como el de salud, el de pensiones, el de riesgos profesionales y el de servicios sociales complementarios³⁴, ese tipo de prestaciones, teniendo relación directa y estrecha con derechos de rango constitucional como la vida, mínimo vital, salud permiten el desarrollo digno de las personas ante ciertas contingencias que puedan llegar a ocurrir, como son la muerte, las enfermedades, los accidentes, la invalidez o los procesos naturales como la maternidad y la vejez.

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-1318 de 2005, T-468 de 2007 y T-760 de 2008, entre otras.

³⁴ Ley 100 de 1993, artículo 8.

9.2 De la pensión de invalidez y sus requisitos

El Sistema de Seguridad Social en Colombia incluye un conjunto de previsiones que regulan la determinación de la pérdida de su capacidad laboral que algunas personas deben enfrentar; así las cosas, a través de los procedimientos previstos en la ley, se ha establecido la forma como debe efectuarse la calificación, la cual permite establecer las prestaciones a las que puede acceder una persona en los eventos de incapacidad permanente parcial o de invalidez y que comprenden ciertas prestaciones asistenciales.³⁵

De conformidad con lo señalado en reiteradas oportunidades por la Corte Constitucional, el estado de invalidez es una situación física o mental que impide a la persona desarrollar una actividad laboral remunerada, debido a la considerable disminución de sus capacidades físicas e intelectuales, de manera tal que no le es dable suplir por sí mismo una vida digna.³⁶

En el mismo sentido, la pensión de invalidez fue instituida como aquella prestación económica que se otorga cuando una persona por diversas circunstancias especiales como enfermedad común o profesional o por haber padecido un accidente, ha perdido la plenitud de las funciones síquicas, físicas y la capacidad de locomoción como consecuencia, ha sufrido una pérdida en su capacidad laboral que le impide llevar una vida cotidiana, hacer diferentes actividades diarias, relacionarse con otros individuos entre otras; es por esta razón, que esta prestación nace como un salvaguarda a aquellas personas que por ciertas calamidades pierden un porcentaje ya sea total o parcial de su capacidad laboral.

En atención a lo señalado en precedencia dicha prestación sustituye los ingresos de una persona que por razones involuntarias ha perdido su capacidad laboral y por ende se ve impedida para percibir sus ingresos del normal ejercicio de su trabajo, en otras palabras, el derecho a la seguridad social al estar íntimamente ligado con la dignidad humana, la vida, el mínimo vital entre otros derechos, adquiere la connotación de fundamental. En este mismo sentido la Corte ha señalado que *“cuando la asignación pensional por concepto de invalidez represente el único ingreso que garantice la vida digna de la persona que ha sufrido una pérdida de capacidad laboral significativa, el derecho a la pensión*

³⁵ Los objetivos esenciales del Sistema General de Riesgos Profesionales se encuentran señalados en los artículos 1º y 2º del Decreto 1295 de 1994.

³⁶ Sentencia T-262 de 29 de marzo de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

*de invalidez, cobra la dimensión de derecho fundamental.*³⁷ (Subrayas del Despacho)

Corolario a lo anterior y en vista de las contingencias de invalidez y muerte que tiene que sufragar una persona, al Estado se le impuso como imperativo constitucional reglamentar el derecho a la seguridad Social, de tal suerte que por medio de la Ley 100 de 1993, que garantizó a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la invalidez entre otras mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que tienen como fin el reconocimiento de derechos para aquellos afiliados a quienes les sobrevenga alguna eventualidad, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en la Régimen General.

Ahora bien, se considera inválida una persona cuando por una causa, no provocada intencionalmente, pierda el 50% o más de su capacidad laboral.³⁸ Los facultados para calificar la invalidez son las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y la Junta Nacional de Calificación de invalidez.

Por su lado, el artículo 39³⁹ de la Ley 100 de 1993, estableció los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, en caso de dictaminarse una pérdida del 50% o superior; seguidamente, en su artículo 40⁴⁰ se señaló taxativamente los montos de la pensión de invalidez a los cuales tiene derecho el afiliado correspondiente al ingreso base de liquidación.

Siguiendo el itinerario normativo se profirió el Decreto 1295 de 1994⁴¹, señalando en su artículo 1º que el Sistema General de Riesgos Profesionales allí establecido forma parte del Sistema de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993) puntualizando a demás que todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-221 del 23 de marzo de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia T-653 del 8 de julio de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, sentencia T-104 del 8 de febrero de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁸ Ley 100 de 1993, artículo 38.

³⁹ "Artículo 39: Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos: a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez."

⁴⁰ "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%, y 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

⁴¹ "Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales".

una enfermedad profesional tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones económicas tales como el subsidio por incapacidad temporal, una indemnización por incapacidad permanente parcial, Pensión de Invalidez, pensión de sobrevivientes y auxilio funerario.

Por otro lado, el Decreto 2463 de 2001, señaló que el estado de invalidez será determinado de acuerdo con el Manual Único para la Calificación de Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, el cual deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Posteriormente, se expidió la Ley 776 de 2002,⁴² en el artículo 10º de la prementada ley consagró los montos de la pensión de invalidez a la cual se hace acreedor todo afiliado al que se le defina una invalidez según sea su caso, de la siguiente forma: a) Cuando la invalidez es superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación; b) Cuando la invalidez sea superior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso base de liquidación; c) Cuando el pensionado por invalidez requiere el auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión de que trata el literal anterior se incrementa en un quince por ciento (15%).

Posteriormente el artículo 1º de la Ley 860 de 2003⁴³ por medio de la cual “se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”, modificó los requisitos establecidos en la el artículo 39 de la Ley 100 de 1999, en lo atinente al reconocimiento de la pensión de invalidez es decir, que quien cumpliera con los requisitos señalados en la normatividad se hacía acreedor de dicha prestación.

⁴² Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.

⁴³ “Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.”

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 se propuso adelantar un aseguramiento de toda la población en general, para lo cual se debe aplicar los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal; de tal forma que, los funcionarios y empleados públicos que cumplieran dichos requisitos les respetaría la edad el tiempo y el monto del régimen que le fuera aplicable. La pensión se calcularía con aquellos factores que taxativamente se encontraban enlistados en las normas que regulaban la materia, sobre los cuales hubiere cotizado el empleado, en los últimos 10 años de servicio o en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho. Con tal información, al momento de efectuarse el reconocimiento pensional se debía promediar los emolumentos percibidos y reconocer una pensión desde el 75% y hasta el 85%, dependiendo del tiempo que tuviera el individuo laborando al servicio del Estado.

Ahora bien, el término “Ingreso Base de Liquidación (IBL)”, se menciona por primera vez en el artículo 21⁴⁴ de la Ley 100 de 1993 y se entiende como el cálculo del promedio de los factores sobre los que debe efectuarse las cotizaciones de los servidores públicos. En concreto el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 (modificado por el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994) estableció los factores sobre los cuales estaba constituido el IBL⁴⁵.

En términos generales sostiene la jurisprudencia constitucional que a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar el ingreso base de liquidación (IBL) establecido en el artículo 21 y el inciso 3º, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional, debido a que es la que mejor se ajusta a los principios constitucionales de equidad, eficiencia y solidaridad del artículo 48 Superior, a la cláusula de Estado Social de Derecho y que evita los posibles casos de evasión y fraude al sistema. Además, sostiene el alto Tribunal que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales,

⁴⁴ ARTÍCULO 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 1250 semanas como mínimo.

⁴⁵ “ARTÍCULO 6: 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 (...)”

en tanto solo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes.

Ahora bien, en tales eventos, en los que el estado de invalidez de una persona está asociado al padecimiento de enfermedades de carácter degenerativo, crónico o congénito, como es el caso que nos ocupa, en el sentido que a la demandante ya le fue reconocida pensión de invalidez a través de la Resolución No. 3012 de 18 de junio de 2013, pero posteriormente se le diagnosticó un 90% de pérdida de capacidad laboral producto de un cáncer de tiroides tal como se desprende del dictamen de calificación de pérdida de capacidad, este despacho establece que para efectos de la reliquidación de la pensión de invalidez se tendrá en cuenta la normatividad previamente citadas, lo anterior, como garantía efectiva del derecho fundamental a la seguridad social.

9.3. Caso en concreto reliquidación de pensión de Invalidez

La señora MARITZA MORENO DE CRESPO solicita la reliquidación de su pensión de invalidez con el 75% del salario promedio incluyendo todo lo devengado durante el tiempo cotizado en los años 2006, 2008, 2009 y 2010.

Se encuentra acreditado en el expediente que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció a la docente Maritza Moreno de Crespo a través de la Resolución N° 3012 del 18 de junio de 2013 una pensión por Invalidez por pérdida de la capacidad laboral del 66.95%, efectiva a partir del 16 de junio de 2011, teniendo en cuenta el equivalente al 54% del promedio de los salarios sobre las cuales cotizó la accionante durante su historia laboral, es decir para los años 2006, 2008, 2009 y 2010, (copia de la Resolución a folios 2 a 5 del expediente)

Del acervo probatorio obrante en el expediente se observa que de los formularios de dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez obrantes a folios 217-224 se extrae lo siguiente:

1. Del formulario⁴⁶ correspondiente al año 2011 el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral fue el 66, 95 %.

⁴⁶ ver folio 239-240 del expediente

2. Por su parte, para el año 2014 según el formulario⁴⁷ el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral fue el 67 %.
3. Así mismo, del formulario⁴⁸ correspondiente al año 2015 el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral fue el 90%.
4. Finalmente, del formulario⁴⁹ correspondiente al año 2016, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de la demandante fue el 90%.

En atención a lo señalado en precedencia es claro para el Despacho que el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral de la señora MARITZA MORENO DE CRESPO se incrementó de un 66.95% a un 90%, en atención a las patologías señaladas en los dictámenes para la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Así mismo, en los mencionados formularios los médicos tratantes señalan que los criterios que se tuvieron en cuenta para el aumento de la capacidad laboral fueron los siguientes *“paciente con cuadro clínico dado por síndrome estrés post-traumático posterior a agresión por parte de los alumnos en el 2010, cáncer glándula tiroides 2011 con tiroidectomía e hipertiroidismo secundario, lesión meniscal a demás antecedentes resección tumor cuerpo carotideo derecho 11/03/2015 con disartria como secuela post-resección”*. Este Despacho evidencia que de las pruebas allegadas al respectivo expediente la demandante padece una enfermedad degenerativa y catastrófica como lo es el cáncer y por ende es sujeto de especial protección constitucional.

Así las cosas, en atención a esas circunstancias, el despacho ordenará la reliquidación de su pensión de invalidez ya reconocida en un porcentaje del 75% del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la demandante tales como prima de vacaciones, prima de alimentación y prima de navidad, es decir para los periodos comprendidos en los años 2006, 2008, 2009 y 2010 por presentar un 90% de pérdida de capacidad laboral de conformidad con lo preceptuado por el artículo 40 de la ley 776 de 2002.

9.4. Del reconocimiento y pago de incapacidades

Las incapacidades se caracterizan por ser un apoyo económico que adquiere una importante connotación para el trabajador ya que suple los ingresos cuando este

⁴⁷ ver folio 237-238 del expediente.

⁴⁸ ver folio 235-236 del expediente

⁴⁹ ver folio 233-234 del expediente.

se encuentra cesante por determinado lapso de tiempo; es así como, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo lo estableció como un auxilio monetario por enfermedad no profesional a favor de los trabajadores que estuvieran incapacitados para desempeñar sus funciones; plasmándose en ella que el empleador debería reconocer el auxilio hasta por 180 días, que durante los primeros 90 días el auxilio sería equivalente a las dos terceras partes del salario, y que durante los 90 días restantes el auxilio sería equivalente a la mitad del salario.⁵⁰

Ahora bien, por medio del Decreto No. 770 de 1975⁵¹ el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de enfermedad general señalando un subsidio en favor de los trabajadores que padecieran una enfermedad que les produjera incapacidad para el trabajo equivalente a las dos terceras (2/3) partes del salario base, por 180 días continuos o discontinuos. Asimismo, se señaló que este subsidio podía prorrogarse hasta por 360 días más, sólo cuando al finalizar el período el afiliado tuviera derecho a la pensión de invalidez *“hasta la definición de su situación por los servicios médicos”*.⁵²

En este mismo orden de ideas, con la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993) se asignó el pago de las incapacidades laborales de los trabajadores afiliados al régimen contributivo en salud a las empresas promotoras de salud, y respecto de las incapacidades originadas en enfermedad profesional o accidente de trabajo, se estableció que el reconocimiento de esta prestación se financiaría con *“los recursos destinados*

⁵⁰ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 227. Valor de auxilio. *“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.”*

⁵¹ *“Por el cual se aprueba el Acuerdo número 536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad”.*

⁵² Decreto 770 de 1975. *“por el cual se aprueba el Acuerdo número 536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad”. Artículo 9º. “En caso de enfermedad común el Instituto otorgará al asegurado directo las siguientes prestaciones y servicios: [...] c) Cuando la enfermedad produzca incapacidad para el trabajo, el asegurado tendrá derecho a un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de su salario de base, subsidio que, lo mismo que las prestaciones señaladas en el ordinal a), se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días: || d) El subsidio se reconocerá desde el 4º día de incapacidad, excepto en los casos de hospitalización, en los cuales el subsidio se pagará desde el primer día de permanencia en el hospital. Para la determinación del valor del subsidio en dinero, se trata en cuenta el salario de base del asegurado, correspondiente al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad. || Artículo 10. El término de 180 días previsto en el artículo anterior, podrá prorrogarse hasta por 360 días más exclusivamente en cuando a las prestaciones asistenciales, siempre que exista pronóstico favorable de curación. En este caso, el subsidio sólo se pagará durante los primeros 180 días de incapacidad excepto cuando el asegurado tenga al cumplir tal periodo derecho a las prestaciones por invalidez en cuyo caso se prorrogará el subsidio en cuantía de un 50% de su salario base, hasta la definición de su situación por los servicios médicos.”*

*para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”.*⁵³

Finalmente el Congreso de la República expidió la Ley 776 de 2002⁵⁴ en la que se definieron nuevamente los estados de incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial e invalidez, y las prestaciones económicas a las que tienen derecho los trabajadores que se encuentren en dichos estados.

Ahora bien, debe señalarse que las incapacidades laborales reemplazan el salario de las personas que no pueden desempeñar sus funciones por enfermedad, y constituyen una garantía para la salud del trabajador, porque esta prestación le permite recuperarse satisfactoriamente, sin tener que reincorporarse a sus labores de forma apresurada, así lo ha manifestado la Corte Constitucional señalando que: *“el pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”*⁵⁵

9.5. Caso en concreto en relación con las incapacidades

La demandante solicita a este despacho que le sean reconocidas y pagadas las incapacidades por el periodo comprendido entre el 29 de septiembre de 2010 hasta el 15 de junio de 2011 cuando se encontraba retirada de la entidad.

Se encuentra probado dentro del expediente de la referencia que a la señora MARITZA MORENO DE CRESPO se le reconoció pensión de invalidez a través de la Resolución No. 3012 de 18 de junio de 2013, sin embargo, de la misma se

⁵³ Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 206. “Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

⁵⁴ “por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia T-311 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

extrae que para la fecha de estructuración la docente no realizaba aportes al Sistema de Riesgos Laborales (folios 2-5).

Así mismo, se encuentra acreditado que mediante las Resoluciones 11403 del 9 septiembre de 2010⁵⁶, la Resolución No. 12112 del 4 de octubre de 2010⁵⁷ y la Resolución No. 12969 del 03 de noviembre de 2010⁵⁸, “ *por medio de las cuales se legalizaron unas incapacidades por enfermedad General- No profesional en la planta de personal docente con nombramiento provisional de la Secretaría de Educación Distrital*”, se legalizaron las incapacidades de algunos docentes, entre los cuales se encuentra la parte actora, sin embargo, se observa que en las fechas correspondientes a dichas incapacidades la docente se encontraba en servicio activo, toda vez que la fecha de retiro del servicio de la actora fue el 29 de septiembre de 2010, tal como se desprende de la Resolución No. 371 del 04 de marzo de 2015⁵⁹.

Por un lado, de la Resolución No. 371 del 04 de marzo de 2015⁶⁰, al igual que del oficio No. S-2011-121-104 emanados de la Secretaría de Educación de la Alcaldía⁶¹ se extrae que mediante Resolución No. 2601 del 4 de octubre de 2010 la demandante fue retirada del servicio por terminación de su nombramiento en provisionalidad el 29 de septiembre de 2010, es decir, que para la fecha en que se solicita se le reconozcan las incapacidades ya se encontraba retirada del servicio, aunado al hecho que las incapacidades aportadas en la demanda de la docente Moreno de Crespo Maritza expedidas por IPS Médicos asociados S.A.⁶² y recabadas en la audiencia de pruebas carecen de soporte médico legal en el sentido que se limitan a ser simples copias.

Por otro lado, de la señalada Resolución No. 371 del 04 de marzo de 2015 se extrae lo siguiente: “*la vinculación laboral de la señora MORENO DE CRESPO como docente provisional, una vez el empleo que ocupaba en el área de preescolar en el Colegio José María Vargas Vila fue provisto mediante nombramiento en periodo de prueba, el concepto del área de Medicina Laboral de la IPS Médicos asociados recomendó “CONTINUAR CON SERVICIOS MÉDICOS ASISTENCIALES POR LA EPS A LA CUAL ESTA O ESTUVO*

⁵⁶ ver 183-185 del expediente.

⁵⁷ ver 186-191 del expediente.

⁵⁸ ver 192-193 del expediente.

⁵⁹ ver 14-18 del expediente.

⁶⁰ ver folio 14-18 del expediente.

⁶¹ ver folio 29-30 del expediente

⁶² ver folios 241-244 del expediente

VINCULADO CON OCASIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO”, precisando que para obtener una satisfactoria evolución de su patología “NO REQUIERE INCAPACIDAD MÉDICA”, e incluso en comunicación adjunta el Jefe del Departamento de Salud Ocupacional solicitó que para tratar las patologías descritas en el párrafo precedente, resultaba pertinente que continuara “...con atención médica de ARP y se remite a fisioterapia, ortopedia y neurocirugía” motivo por el cual, aun después de formalizada su desvinculación de la entidad, vale decir, desde el 29 de septiembre de 2010, se le extendieron los tratamientos, valoraciones y suministros que requería”.

Ahora bien, en atención con lo señalado en precedencia se desprende que no es posible acceder a la pretensión de la demanda en el sentido de reconocer el pago de las incapacidades toda vez que para dichas fechas la demandante se encontraba retirada del servicio, aunado al hecho que la atención médica brindada correspondió a solicitud de los médicos tratantes en atención a sus patologías.

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 la pretensiones de la demanda respecto de la reliquidación de la pensión de invalidez de la actora y la pretensión respecto a los descuentos en salud deben prosperar en la forma indicada pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley, desvirtuando así la presunción de legalidad que amparaba los actos demandados.

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

$$R = R h X \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la

causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Costas

Ahora bien, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fueron las partes demandadas quienes estuvieron debidamente representadas.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el *Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016*⁶³ expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por La Juez al momento de fijarlas⁶⁴, en el artículo 5º del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasará entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

En relación con este tema, la Corte Constitucional desarrolló diversa jurisprudencia⁶⁵, de manera reciente en la sentencia T-625 de 2016⁶⁶ respecto de lo que constituyen las

⁶³ Acuerdo que derogó los Acuerdo 1886 de 2003, Acuerdos 2222 del 10 de diciembre de 2003 y PSA13-9943 del 4 de julio de 2013.

⁶⁴ En la parte considerativa del acuerdo, se describe que las agencias en derecho "corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente". Y en el artículo 2º ibídem prevé que "(...) Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites (...)"

⁶⁵ Respecto a la condena en costas, se encuentra la sentencia T-432 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto donde la Corte se refirió al tema y expresó que en cuestión de costas se aplica el *dictum* romano, según el cual quien ha sido vencido en un proceso judicial debe cancelar al ganador los gastos que acarreo el proceso. La Corporación indicó que justo la doctrina sostiene que las costas equivalen a la carga económica que debe enfrentar quien no tuvo la razón dentro del juicio y estas se reconocen a favor de la parte y no del apoderado pues puede haber una confusión respecto del pago de las costas a favor del proceso y la obligación de cancelar los honorarios al abogado por parte del poderdante.

Posteriormente, en la Sentencia C-368 de 2011, en la que explica que las costas procesales se desarrollan en un ámbito conceptual más definido, el cual se materializa con el pago de los gastos que deben satisfacer las partes como consecuencia del proceso que promueven y del que una de ellas puede resarcirse en caso de salir vencedora. De esta manera, dichos recursos se destinan exclusivamente a cubrir los gastos que se han generado el proceso y nada más.

En sentencia del 21 de marzo de 2013 esa misma Corporación manifestó que la condena en costas es el resultado de la derrota en el proceso para alguna de las partes o en algún recurso que se haya presentado, más no el resultado de una actuación producto de la mala fe o de una actuación temeraria por parte de la parte vencida dentro del proceso. De conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso la condena en costas y las agencias en derecho corresponden a los costos en que la parte beneficiada por la sentencia incurrió dentro del trámite del proceso, siempre que exista prueba de ello y de que dichas actuaciones correspondan a las autorizadas por la ley. Así las cosas, la condena en costas y las agencias en derecho no tienen como finalidad resarcir un perjuicio causado por el mal proceder de una de las partes así que no pueden ser asumidas como una sanción en su contra.

costas y las agencias en derecho, manifestó que las costas procesales son todos aquellos gastos en que incurre la parte por acción del proceso, dicha noción comprende tanto las agencias que son las expensas por concepto de apoderamiento del proceso y la Juez las reconoce de forma discrecional a favor de la parte vencedora siguiendo lo reglamentado en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Y así lo reitero nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado⁶⁷, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la partes demandadas, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$634.385 que deben ser liquidadas por Secretaría.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución N° 7978 del 28 de noviembre de 2014 expedida por la Secretaría de Educación Nacional de Bogotá a través de la cual negó la Reliquidación de la Pensión de Invalidez de la demandante al igual que negó la suspensión y reintegro de los descuentos para salud de las mesadas pensionales adicionales y la nulidad del Oficio No. 2014 EE00015138 expedido por la Fiduciaria La Previsora S.A. a través del cual negó a la demandante la suspensión y reintegro de los descuentos para salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

⁶⁶ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶⁷ Sección Segunda, Subsección A – Consejo de Estado, C.P. William Hernández Gómez.

MAGISTERIO, por conducto de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos del mencionado Fondo y con cargo a tales recursos, a título de restablecimiento del derecho se ABSTENGA de realizar descuentos para salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre y que restituya a favor de la señora MARTIZA MORENO DE CRESPO, identificada con la cédula de ciudadanía N°41.761.924 el valor de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas pensionales adicionales desde 30 de junio de 2014 hasta la fecha en la que se hubieren efectuado tales descuentos de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por conducto de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. a restituir a la parte demandante el valor correspondiente al descuento en salud de las mesadas adicionales, de que tratan los numerales anteriores, en forma actualizada, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula indicada en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: CONDENAR a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar en forma indexada, la reliquidación de pensión de invalidez a la señora MARITZA MORENO DE CRESPO identificada con C.C. 41.761.924, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la demandante tales como prima de vacaciones, prima de alimentación y prima de navidad por el periodo laborado en atención con lo preceptuado por el artículo 10 de la Ley 776 de 2002, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: La entidad deberá pagar a la parte demandante los valores correspondientes a la reliquidación de la pensión de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula que quedó consignada en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas correspondientes en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda –es decir 2% cada entidad, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de seiscientos treinta y cuatro mil trescientos ochenta y cinco mil pesos (\$ 634.385), por Secretaría liquídense.

OCTAVO: La entidad condenada dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

NOVENO: En firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y autentica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

DÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de lo que consignó para los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



CATALINA DÍAZ VARGAS

JUEZ

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art 201) se notificó a las
la providencia anterior, hoy 13 de diciembre de 2017 a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy 13 de diciembre de 2017 se envió mensaje de texto de la notificación
ESTADO ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los celulares
electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3, artículo 201 de la Ley
1437 de 2011.

Secretaria

