



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Nº INTERNO O-2200

RADICADO: 11001-3335-012-2015-00670-00

DEMANDANTE: MARTHA ESPERANZA APONTE ARIAS

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA

Bogotá, Mayo treinta y uno (31) de dos mil diecisiete (2017)

El presente anexo contiene en detalle las actuaciones adelantadas dentro de la audiencia inicial celebrada dentro del proceso de la referencia.

Se informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

- Saneamiento del Proceso
- Decisión sobre Excepciones Previas
- Fijación del Litigio
- Conciliación
- Decisión sobre medidas cautelares
- Decreto de Pruebas
- Alegaciones Finales
- Decisión de Fondo.

SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso, para tal efecto se le concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna **IRREGULARIDAD** que pueda ser saneada en este momento.

Ninguno de los intervinientes manifestó alguna causal de nulidad

Queda notificada en estrados la presente decisión

EXCEPCIONES PREVIAS.

Verificado el Expediente encuentra el Juzgado que las entidades accionadas FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y

FIDUPREVISORA pese a haber sido notificadas en los términos previstos por la Ley 1437 de 2011, se abstuvieron de presentar contestación a la demanda. Por lo tanto, encuentra el Despacho que no hay lugar a excepciones por resolver:

Queda notificada en estrados la presente decisión

FIJACIÓN DEL LITIGIO

Con fundamento en las pruebas que obran en el proceso de la referencia encuentra el Despacho probados los hechos que a continuación se relacionan:

- *Que la señora MARTHA ESPERANZA APONTE ARIAS nació el día 24 de enero de 1962 (Fl. 53) y laboró como docente al servicio de la ciudad de Bogotá a partir del día 15 de abril de 1988, y hasta el día 16 de enero de 2012. (fl. 52)*
- *Como empleada territorial aportó a la Caja de Previsión Social del Distrito desde su de vinculación hasta el año 1992, fecha a partir de la cual pasa al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (51-52).*
- *Que a la actora se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 96%, situación en virtud de la cual a través de Resolución No. 2592 de mayo 24 de 2012 se le ordenó reconocer y pagar una pensión de invalidez. (Fls. 03 a 10)*
- *La actora presentó reiteradas solicitudes ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO encaminada a obtener la reliquidación de su pensión de invalidez, con la inclusión de la totalidad de factores salariales percibidos con antelación a la causación del status, y la devolución de los descuentos realizados sobre su pensión en las mesadas adicionales de junio y diciembre (Fls. 10 a 12; 17, 18; 22 a 24; 30 a 32; 36 a 38 y 42, 43)*
- *Que mediante Resoluciones 6119 de octubre 29 de 2013, 1027 de febrero 11 de 2014, 3728 de junio 05 de 2014, 4523 de julio 14 de 2014, 1992 de abril 10 de 2015 y 3088 de junio 23 de 2015 la entidad accionada negó las solicitudes de reliquidación promovidas por la señora APONTE ARIAS.*
- *Que la actora solicitó a la FIDUPREVISORA S.A., el día 22 de mayo de 2013 la devolución de los descuentos realizados sobre su pensión en las mesadas adicionales de junio y diciembre, la cual fue denegada mediante oficio 2013EE00067430 de julio 26 de 2013, también demandado.*

SE CONCEDE EL USO DE LA PALABRA A LAS PARTES PARA QUE SE PRONUNCIEN A CERCA DE LA FIJACIÓN DEL LITIGIO.

Los apoderados de las partes y la agente del ministerio público se pronunciaron en los términos consignados en la videograbación que se adjunta con el presente anexo.

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que en el presente caso el litigio se contrae a determinar qué se entiende por el último salario con el que se debe liquidar la pensión de invalidez y establecer si es viable o no la devolución de los

aportes hechos por concepto de aportes en salud en las mesadas de junio y diciembre y el retroactivo de la primera mesada.

Queda notificada en estrados la presente decisión

ETAPA DE CONCILIACIÓN

Continuando con el curso de la diligencia se pregunta al apoderado de la parte demandada si le asiste ánimo conciliatorio.

El apoderado de la entidad accionada manifiesta que la posición institucional del Ministerio de Educación para estos casos es la de no conciliar y aporta soporte documental.

Escuchado lo manifestado por la entidad demandada y dada su falta de ánimo conciliatorio, el Despacho se abstiene de presentar fórmula de arreglo.

Queda notificada en estrados la presente decisión

DECRETO DE PRUEBAS

A continuación el Despacho procede a **DECRETAR LAS PRUEBAS**, de la siguiente forma.

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con los escritos de demanda y que son las que obran en los expedientes de las referencias

Ahora bien, como quiera que no existen más pruebas que practicar, y además considera el Despacho que no se hace necesario decretar pruebas de oficio, se prescindirá del periodo probatorio de conformidad con el artículo 179 inciso final del CPACA.

Queda notificada en estrados la presente decisión

ALEGACIONES FINALES.

El Despacho corrió **traslado de alegatos de conclusión** a los apoderados judiciales de las partes presentes a la diligencia para lo cual se concede un término de intervención máximo de 10 minutos.

El apoderado de la parte actora expuso sus alegatos de conclusión de conformidad con la grabación digital de la presente audiencia.

El apoderado de la parte accionada expuso sus alegatos de conclusión de conformidad con la grabación digital de la presente audiencia.

En razón a que nos ocupa un asunto de puro derecho y que no existen pruebas por practicar, el Despacho procede a dictar sentencia conforme lo establece el artículo 179, inciso final del CPACA.

SENTENCIA

1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme quedó reseñado en la fijación del litigio, corresponde al Despacho determinar qué se entiende por el último salario con el que se debe liquidar la pensión de invalidez y establecer si es viable o no la devolución de los aportes hechos por concepto de aportes en salud en las mesadas de junio y diciembre y el retroactivo de la primera mesada.

En aras de resolver este problema, el Despacho hará las siguientes

CONSIDERACIONES

Sea lo primero retomar lo señalado por el Consejo de Estado en Sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009), y reiterada mediante providencia del trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014) sobre la pensión de invalidez:

“Marco normativo y jurisprudencial.

1) Consagración normativa de la pensión de invalidez. Mediante el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 se estableció la pensión de invalidez a favor del empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras dure la incapacidad.

Posteriormente el Decreto 3135 de 1968 “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”, consagró en el artículo 23 como porcentaje que da derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, el 75% de pérdida de la capacidad laboral.

En cuanto al monto de esta pensión de invalidez, el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 reglamentario del 3135 de 1968, dispone:

“(…) El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

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

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

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

Esta descripción normativa reitera lo dicho por el legislador en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966:

"A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y se pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios."

La Ley 4ª de 1966 fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966 que en su artículo 5º señaló que para liquidar las pensiones de jubilación e invalidez se tomaría como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional. Es decir que se precisó a cuál promedio mensual se refería la Ley 4ª de 1966. (Subrayado y negritas del Despacho)

Son coincidentes las normas citadas en señalar que el ingreso base para la liquidación de la pensión de invalidez, es el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. Y por salario o sueldo ha de entenderse en los términos de la Ley 65 de 1946 no solo la asignación básica fijada por la ley sino todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios.

Sumas que según el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional"¹, están constituidas por:

- 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;

¹ Aplicables según el artículo 57, a partir del 20 de abril de 1978 para el reconocimiento y pago de prestaciones sin importar la fecha en que se hayan causado

II. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968”.

Adicionalmente debe mencionarse que lo dispuesto en la Ley 65 de 1946, “resulta concordante con la tesis mayoritaria expresada por esta Subsección en sentencia de 18 de junio de 2009. Rad. 0179-2008. MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez, según la cual la enunciación de los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 no puede ser entendida en ningún caso como taxativa⁴.

CASO CONCRETO

Del material probatorio obrante, observa el Despacho que la señora APONTE ARIAS, nació el día 24 de agosto de 1962, y que ingresó al Régimen Docente a partir del día 15 de abril de 1988 como docente territorial (Fls. 50 a 52), esto es con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003. Así mismo del formato de Historia Laboral aportado al expediente se observa que se desempeñó en el cargo como docente en la institución educativa MAGDALENA ORTEGA DE NARIÑO hasta el día 16 de enero de 2012.

En este punto es necesario precisar que tanto de las pretensiones de la demanda, como de la fijación del litigio planteada, se tiene que el fin perseguido con este proceso es la reliquidación de la pensión de invalidez que devenga el demandante con teniendo en cuenta el salario devengado en el año 2012 con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados al momento de su retiro del servicio, sin embargo, no deja de advertir el Despacho que tanto en el acápite de hechos como en el de las pretensiones, no se establecen cuáles fueron los factores que se dejaron de devengar; quedando limitado el asunto a la aplicación del salario del año 2012.

Así las cosas y como quiera que la discusión se debe centrar exclusivamente en este punto se realizará el análisis que sigue.

En primer lugar, debe señalarse que el Decreto 1848 de 1964, la Ley 4 de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 preceptuaron, respectivamente, que el

⁴ Esta Subsección consideró que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general “pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”. Frente a este pronunciamiento el Despacho que sustancia la presente causa, mediante salvamento de voto, manifestó su disenter en relación con la providencia antes transcrita al precisar que: “El principio de favorabilidad supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, pues la legislación pensional ha procurado tomar en cuenta, en materia de edad, la realidad demográfica y, por eso, ha ido aumentando gradualmente la edad para acceder a esta prestación; y en materia de factores de liquidación ha buscado la correlación y coherencia financiera del sistema de pensiones, procurando que el reconocimiento pensional se efectúe únicamente con los factores previstos de manera expresa por el legislador y no con todo lo devengado por el trabajador.”.

monto de una pensión de invalidez, está determinada por el promedio mensual de los salarios² devengados por el empleado dentro del último año antes de la adquisición del estatus, dependiendo del porcentaje de disminución de la capacidad laboral del titular del derecho prestacional.

De acuerdo a la jurisprudencia reiterada por el H. Consejo de Estado todos los emolumentos habituales y permanentes que percibe el trabajador constituyen salario y deben hacer parte del Ingreso Base de Cotización de la pensión de invalidez.³

Revisado el material probatorio recaudado se logró establecer que el demandante se vinculó al magisterio en el año 1988 y que en el año previo a la adquisición del estatus⁴ devengó factores como asignación básica, prima especial, prima de navidad, prima de vacaciones según se obtiene de las certificaciones de historia laboral aportadas con la misma demanda, (Fls. 50 a 52).

De igual forma se tiene que la Resolución No. 2592 de mayo 24 de 2012, mediante la cual la representante del Ministerio de Educación Nacional ordena el

² Entendiendo por salario “no sólo la asignación básica fijada por la ley sino todas las sumas habitual y periódicamente percibidas por el empleado como retribución a sus servicios” en los términos de la Ley 65 de 1946. Sentencia del Consejo de Estado de 13 de noviembre de 2014. C.P Gerardo Arenas Monsalve.

³ La H. Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 230 de 2015, dispuso que si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, aseveró que este criterio debía ser modificado con fundamento en lo dispuesto por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, que a su juicio fijó el precedente que debe ser aplicado, afirmando que el IBL aplicable debía ser el dispuesto en el régimen general del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (Ver nota al final³)

Esta decisión generó gran controversia al interior de la jurisdicción, porque cambió de forma expresa y directa una postura jurisprudencial, sostenida incluso por la propia Corte, llevó a cuestionar la competencia del Alto Tribunal para emitir decisiones sobre Constitucionalidad de normas en sede de revisión, generó salvamentos de voto e incluso conllevó a que muchos jueces no acogieran esta argumentación, apartándose de la misma en sus providencias. (ver nota al final³).

Este Despacho, en el trimestre de octubre a noviembre de 2015, modificó su criterio acogiendo el del superior constitucional, porque la naturaleza de las sentencias de la H. Corte Constitucional, implican su obligatorio cumplimiento, fuerza vinculante y precedente según los artículos 102 y 270 del CPACA, en armonía con la sentencia de constitucionalidad C 816 DEL 2011.

El anterior escenario, cambia cuando el Consejo de Estado, sección segunda, con criterio de unificación, profiere la sentencia de 25 de febrero de 2016, y expone que lo señalado en la sentencia SU 230 de 2015, no puede aplicarse a todos los regímenes pensionales sujetos al régimen de transición, ni a procesos proferidos por la jurisdicción administrativa, por lo tanto su alcance debe limitarse a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

El siguiente aparte explica el sentido de la decisión³:

“Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de los Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013. (Subraya y negrita por el Despacho.)

El Consejo de Estado, hace ver que la sentencia C- 258 de 2013 que sirvió de fundamento a la sentencia SU 230 de 2015 no creó un precedente para todos los regímenes especiales aplicables en virtud del régimen de transición, sino que fue específica para el régimen especial de los congresistas, explicando de manera sustentada los motivos por lo que no resulta aplicable a los regímenes especiales del sector público. Y ciertamente en dicha sentencia se limita el análisis al precitado régimen.

En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas (ver nota al final³)

Este Despacho entiende que las decisiones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado no son contrapuestas, sino que se complementan, porque ciertamente en la norma expuesta por la Corte se incurre en una aparente contradicción que en este caso es dilucidada por la sección segunda del Consejo de Estado, interpretación que obliga a esta judicatura por lo menos de manera transitoria, mientras la propia Corte Constitucional haga claridad sobre el tema.

⁴ Enero 19 de 2009 a Enero 19 de 2010.

reconocimiento y pago de una pensión por invalidez a favor de la actora a partir del 16 de enero de 2012, incluyó los factores de asignación básica, prima especial, prima de navidad y prima de vacaciones en una cuantía igual al 100% de lo devengado por la señora APONTE ARIAS tal como se extrae de la lectura del acto administrativo acusado (Cfr. Fls. 03 a 05).

Visto lo anterior queda claro para esta judicatura que no le asiste razón a la parte actora respecto de la liquidación de la pensión con el salario devengado en el año 2012, ni hay lugar a incluir nuevos factores salariales porque como logró demostrar, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al proferir el acto administrativo cuya nulidad aquí se pretende aplicó lo dispuesto en la norma bajo la interpretación que hace el Consejo de Estado, es decir, tomó el salario devengado en el año anterior de servicio previo a la adquisición del estatus con la inclusión de todos los factores que allí se registraron.

Así las cosas se habrán de denegar las pretensiones de la demanda en lo que se refiere a la reliquidación de la pensión de invalidez que devenga el actor.

Ahora bien, procede el Despacho a resolver las pretensiones de devolución de los descuentos realizados por la entidad accionada respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre y de la primera mesada en los siguientes términos.

DE LOS DESCUENTOS SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES:

Frente a los descuentos del 12 % sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes oficiales pensionados, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en reiterados pronunciamientos ha señalado que la inclusión de descuentos sobre las mesadas adicionales del personal docente, es contraria a derecho⁵, en razón a que las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003⁶, no contemplan descuentos de esta naturaleza y tampoco es posible reconocerlos por aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, pues este debe entenderse derogado tácitamente con la promulgación de la Ley 812 de 2003.

⁵ A manera de ejemplo se citan los siguientes radicados:

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda. Subsección "B" Número De Radicado: 11001-33-35-028-2012-00308-01 Fecha: 11/02/2016. Ponente: Luis Gilberto Ortégón Ortégón Subsección "C" Número De Radicado: 25000-23-42-000-2014-04388-00. Fecha: 12/02/2016 Ponente: Amparo Oviedo Pinto. Subsección "D" Número De Radicado: 11001-33-35-702-2014-00072-01 Fecha: 28/01/2016 Ponente: Cerveleon Padilla Linares. Subsección "A" Número De Radicado: 11001-33-31-017-2008-00182-01. Fecha: 19/04/2012 Ponente: José Ernesto Arciniegas Triana

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda. Subsección "C". Magistrado Ponente: Dr. Samuel José Ramírez Poveda. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 11001-33-35-022-2014-00532-01

⁶ Disposiciones normativas que a criterio del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca se hicieron extensivas a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por lo anterior, y atendiendo el deber constitucional y legal de resolver los asuntos de manera uniforme observando el precedente jurisprudencial, es preciso adoptar la línea trazada por el Superior de este Circuito, habida cuenta que no se tiene en esta materia sentencia de unificación del Consejo de Estado.

En consecuencia, no hay lugar a hacer descuentos sobre las mesadas adicionales a los docentes regidos por la ley 91 de 1989, por cuanto la disposición que la ordenaba fue derogada, conforme a la siguiente interpretación⁷.

“En consecuencia, observa la Sala que si bien es cierto, el numeral 5 del artículo 8 de la pluricitada Ley 91 de 1989, contentivo del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 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 normativa”.

DE LOS DESCUENTOS PARA SALUD SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES RETROACTIVAS:

Sobre este tema, existe pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda subsección “C”, contenida en sentencia del 12 de febrero de 2016. Dada la claridad de la argumentación, el Despacho se abstiene de hacer mayores consideraciones.

“Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema General en Seguridad Social en Salud, y en su artículo 155 numeral 5°, estableció que los pensionados hacen parte del mismo, que en concordancia con el numeral 1° del literal A. del artículo 157 de la misma ley, los pensionados son igualmente afiliados al sistema, bajo el régimen contributivo, es decir, que deben efectuar los aportes que por ley se establecieron, en sujeción al principio de solidaridad que rige aquel.

Según las disposiciones del artículo 202 de la Ley 100 de 1993, el régimen contributivo es “un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado, o en concurrencia entre éste y su empleador.”. Como se observa del contenido normativo referido, los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud bajo el régimen contributivo se vinculan al mismo a través de las cotizaciones o aportes que de forma previa efectúan, y, en el caso específico de los pensionados se hace por medio de los aportes que descuentan de sus mesadas pensionales. Esto quiere decir, que los pensionados tendrán derecho a los servicios médicos asistenciales a partir del pago de sus aportes, lo cual indica que el beneficio o contraprestación por el aporte se recibe a futuro, pues es imposible percibirlo hacia el pasado.”⁸

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección “A” Id: 978 Número De Radicado: 11001-33-31-017-2008-00182-01. Tipo de Providencia: Sentencia Fecha: 19/04/2012 Ponente: José Ernesto Arciniegas Triana

⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C” radicado no. 2014-4388. Providencia del 12 de febrero de 2016.

Debe destacarse que si bien las entidades accionadas no dieron contestación a la demanda, de la lectura de los actos administrativos aquí acusados se tiene que efectivamente, dichos descuentos fueron realizados con fundamento en las disposiciones previstas en la ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, y Ley 112 de 2007 artículo 10, y que en virtud a estas disposiciones y la jurisprudencia en cita no es procedente bajo ningún concepto realizar descuentos de estos valores al afiliado cotizante.

En mérito de lo anterior, y de acuerdo a las consideraciones expuestas se accederá a las pretensiones de devolución de descuentos y en consecuencia se habrá de declarar como primera medida la nulidad del oficio 2013EE00067430 del 26 de julio de 2013, por medio de la cual la FIDUPREVISORA niega la petición realizada. Así mismo se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones 6119 de octubre 29 de 2013, 1027 de febrero 11 de 2014, 3728 de junio 05 de 2014, 4523 de julio 14 de 2014, 1992 de abril 10 de 2015 y 3088 de junio 23 de 2015 proferidas todas por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ en representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, únicamente en lo que se refiere a negativa de la administración frente a la devolución de los valores descontados por concepto en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de invalidez que viene percibiendo desde el día 16 de enero de 2012, fecha del reconocimiento pensional, e igualmente respecto de los descuentos realizados por dicho servicio en la primera mesada pagada al actor.

Corolario de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que a través de la Fiduciaria la Previsora S.A., suspenda los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de invalidez de la señora
APONTE ARIAS

*También se ordenará a la **FIDUPREVISORA S.A.**, reintegrar al demandante los valores correspondientes a los descuentos para salud, efectuados sobre las mesadas pensionales adicionales de diciembre y junio.*

Finalmente se ordenará la devolución de los valores que se hubieren descontado al demandante por concepto de aportes en salud, desde el reconocimiento pensional hasta la fecha del primer pago de la mesada, por las razones expuestas

en precedencia. Sin embargo dicho restablecimiento deberá estar condicionado al fenómeno de la prescripción que para el caso de marras se ha configurado en los términos que a continuación se explican.

PRESCRIPCION

Aunque el derecho a la pensión de jubilación es imprescriptible, no sucede lo mismo con los descuentos mensuales que de allí se derivan, los cuales se extinguen cuando no son reclamados dentro de tres años siguientes a su reconocimiento; por su parte, la petición interrumpe la prescripción siempre y cuando la demanda se presente en un término máximo de tres años.

Para el subiudice, encuentra el Despacho que al actor se le reconoció la pensión de invalidez mediante acto administrativo del 24 de mayo de 2012 (Fls. 03 a 05) que la solicitud promovida ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio data del 18 de septiembre de 2013 y la solicitud ante la FIDUPREVISORA data el 22 de mayo de la misma anualidad. (Fl. 27); motivo por el cual en el subiudice no se ha configurado la ocurrencia del fenómeno prescriptivo frente a los descuentos realizados por concepto de salud, en las mesadas adicionales de junio y diciembre y tampoco frente a los descuentos realizados en la primera mesada.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-⁹.

De conformidad con el artículo 365 del C.G.P numeral 5, el Despacho se abstiene de condenar en costas por cuanto se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección “A” Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016), Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01, Número Interno: 1291-2014, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada) Sentencia O-003-2016.

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 2013EE00067430 del 26 de julio de 2013 proferido por el Director de Afiliaciones y Recaudos de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA –FIDUPREVISORA S.A.-** de conformidad a lo establecido en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 6119 de octubre 29 de 2013, 1027 de febrero 11 de 2014, 3728 de junio 05 de 2014, 4523 de julio 14 de 2014, 1992 de abril 10 de 2015 y 3088 de junio 23 de 2015, proferidas por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ**, en representación del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por medio de los cuales se denegó la devolución de descuentos sobre las mesadas adicionales de la pensión que percibe la señora **MARTHA ESPERANZA APONTE ARIAS**, identificada con C.C. 35.331.276, de conformidad a lo establecido en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO. ORDÉNAR a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, que a través de la Fiduciaria la Previsora S.A., suspenda los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión de jubilación de la señora **MARTHA ESPERANZA APONTE ARIAS**, identificada con C.C. 35.331.276

CUARTO. CONDÉNAR a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, que a través de la Fiduciaria la Previsora S.A, proceda a reintegrar a la señora **MARTHA ESPERANZA APONTE ARIAS**, identificada con C.C. 35.331.276, los valores correspondientes a los descuentos para salud efectuados sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, a partir del 01 de enero de 2012 y el reintegro de los valores descontados en la primera mesada pensional por concepto de salud.

QUINTO. DENEGAR, las demás pretensiones de la demanda de conformidad a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído

SEXTO. NO HABRA CONDENA EN COSTAS de conformidad a lo resuelto en la parte motiva del presente proveído,

SÉPTIMO. ORDENAR se dé aplicación a lo establecido en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO. COMUNICAR este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez en firme a la parte accionada.

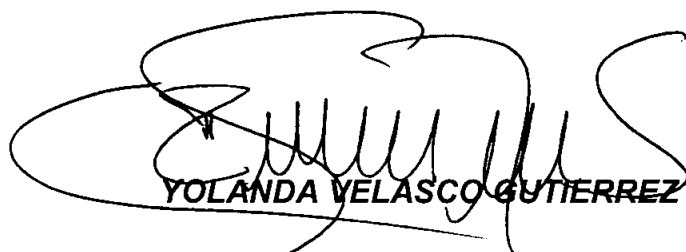
NOVENO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

El apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación contra el fallo proferido por el Despacho, manifestando que la sustentación del recurso se hará dentro del término dado por la ley para tal efecto.

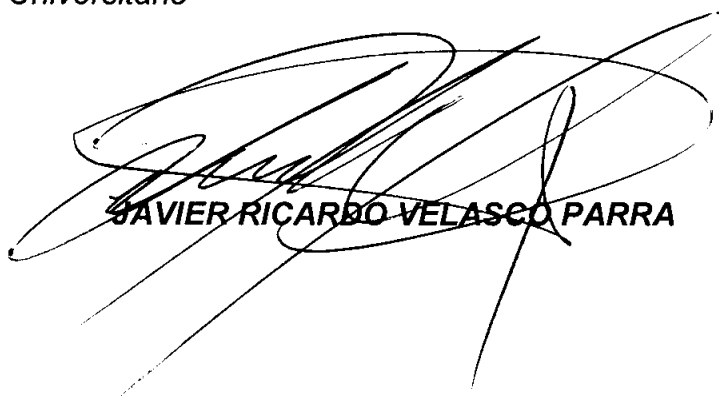
No siendo otro el motivo de la misma se firma la presente acta por los asistentes.

La Juez,



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ

El Profesional Universitario



JAVIER RICARDO VELASCO PARRA