



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., tres (3) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013335-711-2014-00036-00
Demandante: LUZ MARINA MOSQUERA MUÑOZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de
primera instancia -REVOCATORIA DE ACTO
ADMINISTRATIVO

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Luz Marina Mosquera Muñoz en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Luz Marina Mosquera Muñoz, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 03457 del 28 de enero de 2013, mediante la cual modificó la Resolución No. 20257 del 1º de junio de 2009.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, a:

El reconocimiento y pago de la pensión en los términos establecidos en el numeral 1º de la Resolución No. 20257 del 1º de junio de 2009.

Cancelar las diferencias de las mesadas pensionales que se causen con ocasión a la disminución de la cuantía prestacional.

Actualizar e indexar las sumas de dinero conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor de conformidad a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

Cumplir con la sentencia judicial en los términos del artículo 192 del CPACA.

Condenar en costas a la entidad demandada.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl. 2-3):

La señora Mosquera convivió con el señor Manuel Trujillo por 23 años y procrearon a Xiomara Trujillo Mosquera.

El señor Trujillo falleció el 5 de mayo de 2008.

Mediante la Resolución No. 20257 del 1º de junio de 2009, la Caja Nacional de Previsión Social reconoció una pensión de sobrevivientes a favor de la señora Mosquera en un 50% y negó la pensión a la señora Lilia María Silva de Trujillo.

Mediante Resolución No. 3457 de 28 de enero de 2013, la entidad demandada modificó la anterior decisión en el sentido de reconocer a la señora Silva pensión en un 33.78% y a la señora Mosquera en un 16.22 %.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos: 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 85, 121, 209 y 228 de la Constitución Política; 1 y 5 de la Ley 114 de 1928; 6 de la Ley 116 de 1928; 4 de la Ley 4 de 1966; 11 de la Ley 100 de 1993 y 35, 37, 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Señaló que a la parte que representa con la expedición del acto acusado vulneró el ordenamiento jurídico, toda vez que inaplicó los preceptos establecidos para decretar la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular y concreto.

Adujo que las pruebas para tenerlas en cuenta se deben producir y practicar en un procedimiento que respete todas las garantías, con el fin de que la parte interesada ejerza su derecho de contradicción, pues debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla, discutirla y debatirla.

Lo anterior, en consideración a que según la actora la entidad demandada revocó la pensión a ella reconocida, sin informarle previamente el procedimiento administrativo adelantando como tampoco existió el consentimiento expreso que autorizara la revocatoria directa del acto administrativo.

Finalmente, manifestó que la expedición de la Resolución No. 03457 del 28 de enero de 2013, no se ajustó al procedimiento legal contenido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, puesto que no se efectuó notificación personal a la actora de la decisión de revocar su derecho pensional, quedando afectado de inoponibilidad.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 74 a 78).

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional de Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

En síntesis indicó que la entidad que representa al expedir el acto acusado actuó conforme al deber legal, acatando además la jurisprudencia de Colombia aplicable al momento de reconocer de manera equitativa la pensión a la esposa y a la compañera permanente, razón por la cual, señaló que no es posible acceder a la solicitud.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"AUSENCIA DE REQUISITOS LEGALES PARA SOLICITAR LA RELIQUIDACIÓN"*, teniendo en cuenta que la entidad obró en cumplimiento de sus deberes legales; (ii) *"PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR LA ENTIDAD DE PENSIONES"*, razón por la cual, corresponde a la parte actora asumir la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de legalidad; (iii) *"PRESCRIPCIÓN"*, por el término de 3 años de conformidad a lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, artículo 41 del Decreto 3135 de 1969 y artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; (iv) *"INNOMINADA O GENERICA"*, en los términos del artículo 187 del CPACA; (v) *"PAGO"*, respecto de las mesadas pensionales con el porcentaje determinado por la ley y la jurisprudencia; (vi) *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*, en consideración a que la entidad reconoció de manera equitativa una pensión de sobrevivientes y (vii) *"COMPENSACION"*, respecto de las mesadas pensionales canceladas a la parte actora de manera efectiva.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas *"AUSENCIA DE REQUISITOS LEGALES PARA SOLICITAR LA RELIQUIDACIÓN"*, *"PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR LA ENTIDAD DE PENSIONES"*, *"PAGO"*, *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"* y *"COMPENSACION"*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia de 27 de abril de 2018 (Fl. 178), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, la parte demandada estando dentro del término legal allegó escrito el 8 de mayo de 2018 (Fls.180-181), mediante el cual señaló que la entidad que representa reconoció la prestación de manera proporcional al tiempo convivido con las beneficiarias de la pensión de sobrevivientes.

La parte actora no allegó escrito de alegatos.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 27 de julio de 2017 (Fls. 125 a 128), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Le asiste derecho a la parte actora a que la pensión que devenga en calidad de beneficiaria del señor Manuel Trujillo (Q.E.P.D.) sea reconocida en el 50% que venía devengando?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 20257 del 1º de junio de 2009, mediante la cual se reconoció una pensión de sobrevivientes a la señora Luz Marina Mosquera Muñoz, junto con la constancia de notificación por edicto (Fls. 11-17).

2.2. Copia auténtica de la Resolución No. RDP 3457 de 28 de enero de 2013, mediante la cual la entidad demandada ajustó en derecho la anterior Resolución, en el sentido de reconocer a la señora Mosquera el 16.22 % y a la señora Silva el 33.78%, en su calidad de beneficiarias de la pensión del señor Trujillo (Q.E.P.D.) (Fls. 18-21).

2.3. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos del señor Manuel Trujillo (Fl. 8).

2.4. Copia simple del registro civil de defunción de la señora Lilia María Silva de Trujillo (Fl. 103).

2.5. Calculo de mesadas atrasadas a favor de la actora (Fl. 135).

2.6. Memorando No. 201714200822613 del 4 de septiembre de 2017, en el que se indica que para la nómina del 2015 se procesó el acrecentamiento de la pensión de la señora Mosquera en un 100% (Fl. 136).

2.7. Memorando No. 201714201029553 del 18 de octubre de 2017, en el que se indica que a partir del 2015 la señora Mosquera devenga la pensión de sobrevivientes en un 100% y allega liquidación que da cuenta de ello (Fls. 145-147 y 166).

2.8. Copia simple de constancia de liquidación de las mesadas de la señora Mosquera (Fls. 154 vto -162 y 172-173).

2.9. Copia simple de antecedentes administrativos que obra en cuaderno separado.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia a la normatividad que contempla la pensión de sobrevivientes contenida en la Ley 100 de 1993, para luego abordar lo referente a la revocatoria directa de los actos administrativos.

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

El Congreso de la República expidió la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, con el fin de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, por medio del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios.

Así las cosas, el artículo 46 de la Ley en cita, dispuso que tienen derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes (i) “*Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca*” y (ii) “*Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento*”.

A su vez, el artículo 47 *ibídem*, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, indicó los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, de la siguiente manera:

“Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la **compañera o compañero permanente** supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte¹;*

b) *En forma temporal, el cónyuge o la **compañera permanente** supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a)².*

*Si respecto de un pensionado hubiese un **compañero o compañera permanente**, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

¹ Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

² Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo³. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente⁴;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y **si dependían económicamente del causante⁵** al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno⁶; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, "esto es, que no tienen ingresos adicionales"⁷, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay **invalidez⁸** se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, **compañero o compañera permanente⁹** e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta¹⁰ de este;

e) A falta de cónyuge, **compañero o compañera permanente**, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste¹¹.

Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido¹² sea el establecido en el Código Civil.

Por su parte, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, señala:

"ARTICULO. 48.-Monto de la pensión de sobrevivientes. **Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996.** El monto mensual de la pensión de

³ Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional **C-1035** de 2008, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

⁴ Esta expresión fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-336** de 2014.

⁵ El texto en negrita fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-066** de 2016.

⁶ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante **Sentencia C-1094** de 2003.

⁷ El texto entre comillas fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-066** de 2016.

⁸ La expresión subrayada y en negrita fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-458** de 2015.

⁹ NOTA: La expresión en negrilla "Compañero o compañera permanente", fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia **C-336** de 2008, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente, las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia **C-521** de 2007, para las parejas heterosexuales.

¹⁰ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante **Sentencia C-111** de 2006

¹¹ El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-066** de 2016. Parágrafo.

¹² El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-458** de 2015.

sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.” (Negrilla fuera de texto).

En ese sentido, quedó claramente consagrado que los derechos de la seguridad social comprenden a cónyuges y compañeras o compañeros permanentes en igualdad de condiciones, persiguiendo siempre la protección jurídica de la familia independientemente del tipo de vínculo que se ostentaba con el causante al momento de definir quien tiene derecho a este beneficio.

Al respecto, la Máxima Corporación Constitucional ha sostenido que “(...) el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto a su cónyuge o a su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho (...)”¹³

A su vez, la Corte Constitucional en sentencia T-431 de 2011¹⁴, precisó:

“(...) La Corte en sentencia T-660 del 11 de noviembre 1998, se pronunció al respecto de la siguiente manera:

“En lo que respecta específicamente a la sustitución pensional entre compañeros permanentes, es importante reconocer que la Constitución Política le ha reconocido un valor significativo y profundo a la convivencia, al apoyo mutuo y a la vida en común, privilegiándola incluso frente a los rigorismos meramente formales. En ese orden de ideas, es posible que en materia de sustitución pensional prevalezca el derecho de la compañera o compañero permanente en relación al derecho de la esposa o esposo, cuando se compruebe que el segundo vínculo carece de las características propias de una verdadera vida de casados, - vg. convivencia, apoyo y soporte mutuo-, y se hayan dado los requisitos legales para suponer válidamente que la real convivencia

¹³ Sentencia de 19 de mayo de 2011, Magistrado Ponente Dr Jorge Ignacio Pretel Chaljub, expediente T-2.908.702, Accionante: Abicina LLanes Benítez, Accionado: Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- administrado por el Patrimonio Autónomo BUENFUTURO.

¹⁴ *Ibidem.*

y comunidad familiar se dio entre la compañera permanente y el beneficiario de la pensión en los años anteriores a la muerte de aquel. En el mismo sentido, si quien alega ser compañera (o) permanente no puede probar la convivencia bajo un mismo techo y una vida de socorro y apoyo mutuo de carácter exclusivo con su pareja, por dos años mínimo, carece de los fundamentos que permiten presumir los elementos que constituyen un núcleo familiar, que es el sustentado y protegido por la Constitución. Es por ello que no pueden alegar su condición de compañeras o compañeros, quienes no comprueben una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, -distinta por supuesto de una relación fugaz y pasajera-, en la que la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación, y permitan que bajo un mismo techo se consolide un hogar y se busque la singularidad, producto de la exclusividad que se espera y se genera de la pretensión voluntaria de crear una familia.”[34]

En ese caso, se ha establecido legalmente que el factor determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte del trabajador pensionado. (...)” (Negrillas fuera de texto).

Del precedente jurisprudencial, se colige que la parte interesada en el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, además de cumplir con los requisitos legales debe demostrar la convivencia, el apoyo mutuo y la vida en común con su pareja, siendo esto la base de la relación, puesto que es determinante para establecer el derecho que le asiste a la parte interesada la existencia del compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua al momento de la muerte del causante.

-DE LA REVOCATORIA DE LO ACTOS ADMINISTRATIVOS

Dicha figura se encuentra consagrada en el capítulo IX del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual en su artículo 93 consagró que las autoridades que expidieron los actos administrativos podrán revocarlos de oficio o a solicitud de las partes, en los siguientes eventos: (i) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley; (ii) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él y/o (iii) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Seguidamente, el artículo 97 ibidem señaló:

“Artículo 97.-Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y

concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Si la administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.”

En ese sentido, la norma es clara al precisar que debe mediar un consentimiento previo, expreso y por escrito del titular de la relación jurídica, por el cual se autorice a la autoridad que lo expidió la revocatoria del acto administrativo expreso o ficto, mediante el cual se creó, modificó su situación o reconoció un derecho de igual categoría.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Luz Marina Mosquera Muñoz, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad de la Resolución No. RDP 03457 del 28 de enero de 2013, mediante el cual la entidad demandada modificó el contenido de la Resolución No. 20257 del 1º de junio de 2009.

Así las cosas, pretende que se le deje incólume el 50% de la pensión de sobrevivientes que venía devengado a partir del 6 de mayo de 2008.

Sea lo primero señalar, que la entidad demandada mediante la Resolución No. 20257 del 1º de junio de 2009, reconoció pensión de sobrevivientes a la señora Luz Marina Mosquera Muñoz y a la menor Yulíher Xiomara Trujillo Mosquera, en calidad de compañera permanente e hija del señor Manuel Trujillo (Q.E.P.D.), respectivamente, en cuantía del 50% a cada una a partir del 6 de mayo de 2008.

Lo anterior, por considerar (i) que la señora Mosquera logró demostrar convivencia con el causante por más de 5 años continuos anteriores a su fallecimiento, cumpliendo de esta manera los requisitos exigidos por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, según el cual, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes *“En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente*

o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.” y,

(ii) que la menor Yulíher Trujillo cumplió con el supuesto del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante, esto es, tendrán derecho a la mentada prestación *“Los hijos menores de 18 años, los hijos mayores de 18 años, y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.”*

A su vez, precisó que la señora Lilia María Silva de Trujillo solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada al señalar, que *“si bien la señora SILVIA (sic) MARÍA LILIA contrajo matrimonio con el señor MANUEL TRUJILLO el día 30 de septiembre de 1961 en la parroquia la Inmaculada Concepción inscrito en la Notaría 5 del Circulo de Bogotá el día 08 de octubre de 2008, ésta no allegó declaración juramentada de convivencia con el causante.”*

Entonces, para la entidad demandada la única que logró demostrar la convivencia con el señor Trujillo fue la señora Mosquera, en su calidad de compañera permanente, con base en la manifestación juramentada rendida por el causante y la actora ante la Notaría 1ª del Circulo de Neiva del 16 de marzo de 2005 y en las declaraciones rendidas ante Notaría por las señoras María Inírida González Mosquera e Isabel González Collazos.

En segundo lugar, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP expidió la Resolución No. RDP 003457 del 28 de enero de 2013, mediante la cual ajustó en derecho la Resolución No. 20257 del 1º de junio 2009, en el sentido de distribuir la pensión de sobrevivientes del señor Manuel Trujillo, a las siguientes personas y en los porcentajes que pasan a citarse:

"SILVA DE TRUJILLO LILIA MARIA ya identificado (a), en calidad de Cónyuge con un porcentaje de 33.78%. La pensión reconocida es de carácter vitalicio. Con efectos fiscales a partir de la inclusión en nómina de pensionados.

MOSQUERA MUÑOZ LUZ MARINA ya identificado(a), en calidad de Cónyuge o Compañero(a) con un porcentaje de 16.22%. La pensión reconocida es de carácter vitalicio. Con efectos fiscales a partir de la inclusión en nómina de pensionados.

El 50% restante se reconoció a favor de la menor YULIHER XIOMARA TRUJILLO MOSQUERA, identificada con Registro Civil No.920609-58892 legalmente representada por la señora MOSQUERA MUÑOZ LUZ MARINA, a partir del 06 de mayo de 2008, hasta la mayoría de edad o si continúa con sus estudios sin exceder los 25 años de edad según sea el caso, momento en el cual su cuota acrecerá de forma proporcional en favor de quienes continúen disfrutando del derecho reconocido.

Según sea el caso, y en el evento de llegar al límite de la pensión, la cuota correspondiente acrecerá en forma proporcional a favor de quienes continúen disfrutando el derecho."

Se evidencia entonces, que la entidad demandada reconoció a la señora Lilia Maria Silva de Trujillo el 33.78% de la pensión en calidad de beneficiaria del señor Manuel Trujillo, en consideración a que en el registro civil de matrimonio allegado no registran notas de divorcio ni de cesación de sus efectos civiles, existiendo de esta manera una sociedad conyugal vigente, presupuesto que se encuentra establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para hacerse merecedora de la prestación.

En ese sentido, no está en discusión quienes son las beneficiarias de la pensión del señor Manuel Trujillo (Q.E.P.D.), toda vez, que se allegaron la pruebas necesarias que permitieron a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social establecer en sede administrativa el derecho que le correspondía a cada una de ellas.

No obstante lo anterior, considera esta instancia judicial que la decisión de la entidad demandada plasmada en la Resolución No. RDP 003457 del 28 de enero de 2013, objeto de control judicial en el asunto de la referencia, atañe a la revocatoria directa del acto administrativo contenido en la Resolución No. 20257 del 1º de junio de 2009.

Por lo tanto, es menester dilucidar si dicha figura jurídica se adelantó en los términos del artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual señaló que un acto administrativo no podrá ser revocado salvo las excepciones que determine la ley sin el consentimiento previo, expreso y escrito del titular del derecho, no obstante, la autoridad respectiva podrá realizar un control de legalidad a

su propio acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sin necesidad de acudir al requisito previo de la conciliación.

Así las cosas, no existe documental en el expediente que permita inferir a este recinto judicial que la señora Luz Marina Mosquera Muñoz haya autorizado de manera expresa y por escrito la revocatoria del acto administrativo contenido en la Resolución No. 20257 del 1º de junio de 2009, por medio del cual se le reconoció el 50% de la prestación en calidad de beneficiaria del señor Manuel Trujillo (Q.E.P.D.); pues la decisión de disminuir el porcentaje prestacional de la actora se tomó de manera unilateral.

Respecto a la revocación de los actos administrativos, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda –Subsección B, en sentencia del 7 de mayo de 2015, expediente No. 2015-2040, accionante: Elsa Gilma Ortiz Pérez, accionado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, discurrió:

(...)

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que los actos administrativos de contenido particular son irrevocables e inmutables, salvo que el titular del derecho manifieste su consentimiento de manera expresa y por escrito, para que la Administración procesa a su revocatoria. "Lo anterior como garantía del principio de seguridad jurídica, del respeto a los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas subjetivas radicadas en cabeza de una persona, aunado a la presunción de legalidad de la que están revestidos esos actos, la cual sólo puede ser desvirtuada a través de la providencia judicial que decreta su nulidad. De esta forma igualmente se garantiza el derecho fundamental al debido proceso, en la medida en que se tiene la certeza de que la decisión no podrá ser modificada por la autoridad, sin el cumplimiento de las normas legales que regulan la materia"¹⁵.

(...)"

Con base en la jurisprudencia en cita, se concluye que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, con la expedición de la Resolución No. RDP 003457 del 28 de enero de 2013, vulneró el debido proceso y el procedimiento previsto en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que revocó dicho acto administrativo sin el consentimiento de la señora Luz Marina Mosquera Muñoz, omitiendo además controvertir la legalidad del acto administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad a lo dispuesto en la referida norma.

¹⁵ Sentencia T – 381 del 23 de mayo de 2012 proferida por la Corte Constitucional.

En este momento, resalta el Despacho que si bien en contra del acto atacado procedía el recurso de apelación, el cual no fue agotado, lo cierto es, que tal falencia quedó saneada desde el auto admisorio de la demanda (Fl. 28-29), puesto que tal circunstancia fue motivo de inadmisión por parte del Juzgado Once Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá a través de providencia del 26 de septiembre de 2014 y frente al cual el apoderado de la entidad demandada se abstuvo de proponer recurso alguno o excepción previa con la contestación de la demanda que fuera objeto de decisión en la etapa de excepciones de la audiencia inicial.

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado, se declarará la nulidad de la Resolución No. RDP 003457 del 28 de enero de 2013, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, ajustó en derecho la Resolución No. 20257 del 1º de junio de 2009.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, reconocer y pagar a favor de la señora Luz Marina Mosquera Muñoz, una pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria del señor Manuel Trujillo, en cuantía del 50% a partir del día en que se incluyó en nómina la Resolución No. RDP 003457 del 28 de enero de 2013 hasta el 24 de mayo de 2014 -fecha en que ocurrió en deceso de la señora Lilia María Silva de Trujillo.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de las mesadas en el asunto de la referencia, por el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, conforme lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que el acto administrativo objeto de control judicial en el asunto de la referencia, esto es, la Resolución No. 003457 se expidió el 28 de enero de 2013 y que la demanda se presentó el 19 de agosto de 2014, razón por la cual, se concluye que en el presente asunto no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

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

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. RDP 003457 de 28 de enero de 2013, expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP a reconocer y pagar a favor de la señora Luz Marina Mosquera Muñoz, identificada con cédula de ciudadanía No.

40.757.402, una pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria del señor Manuel Trujillo, en cuantía del 50% a partir del día en que se incluyó en nómina la Resolución No. RDP 003457 del 28 de enero de 2013 hasta el 24 de mayo de 2014 –fecha en que ocurrió el deceso de la señora Lilia María Silva de Trujillo.

TERCERO: Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

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

CUARTO: Sin lugar a condena en costas.

QUINTO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de

rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 4 de julio de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>44</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., tres (03) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2016-00510-00
Demandante: LUIS CARLOS LEIVA COBOS
Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Luis Carlos Leiva Cobos en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Luis Carlos Leiva Cobos, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 92294 del 31 de marzo de 2016, mediante la cual la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión de la parte actora.

Se declare la nulidad del artículo 1º de la Resolución No. 000256 del 19 de febrero de 2007, mediante la cual la entidad demandada reconoció una pensión de jubilación al actor.

Se declare la nulidad de la Resolución No. 000911 del 2007, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición presentado contra la Resolución anterior.

Se declare la nulidad del Oficio No. 2-2013-018484 del 31 de diciembre de 2013, mediante el cual la entidad se pronunció a la solicitud de extensión de jurisprudencia realizada por el actor.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene y condene al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA:

Reconocer y pagar la reliquidación de la pensión, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios, con una tasa de reemplazo del 75% de conformidad a lo dispuesto por la Ley 33 de 1985.

Reajustar la pensión del actor mes por mes y año por año desde el 31 de marzo de 2007 y hasta la fecha, teniendo en cuenta los valores que resulten del numeral anterior.

Indexar las sumas correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y los valores cancelados desde el 31 de marzo de 2007, en adelante y hasta la fecha en que se reconozca lo pretendido.

Reconocer y pagar los intereses de mora sobre los dineros provenientes del reajuste pensional a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

Condenar al pago de gastos, costas procesales y agencias en derecho.

Cumplir con la sentencia en los términos consagrados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls. 3 a 5):

El demandante nació el 23 de noviembre de 1951 y causó su derecho pensional el 31 de marzo de 2007.

El señor Leiva Cobos laboró en calidad de empleado público desempeñándose en el cargo de Profesional grado 13 del SENA Regional Distrito Capital.

Mediante la Resolución No. 000256 del 19 de febrero de 2007, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA reconoció pensión de jubilación al señor Luis Carlos Leiva Cobos.

A través de la Resolución No. 000911 del 2007, se resolvió un recurso de reposición y confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 000256 del 19 de febrero de 2007.

La entidad demandada para el reconocimiento pensional tuvo en cuenta el 75% de los siguientes factores devengados en el último año de servicios: asignación mensual y bonificación por servicios.

Por lo anterior, el demandante presentó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la entidad demandada el 11 de diciembre de 2013, mediante el cual solicitó "la reliquidación de su pensión de con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios".

El SENA mediante Oficio No. No. 2-2013-018484 del 31 de diciembre de 2013, se pronunció frente a la petición referida.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita el artículo 2º, 6º, 25, 53 y 58 de la Constitución Política, artículo 4º de la Ley 4 de 1966, Ley 5º de 1969, numeral 3º del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, artículo 1º de la Ley 71 de 1988, Decretos 1743 de 1966, 3135 de 1968 y el artículo 178 del Decreto 01 de 1984.

Señaló que el actor cumple con los requisitos del régimen pensional consagrado en la Ley 33 de 1985.

En consecuencia, adujo que el demandante se le debe reconocer y liquidar el cálculo del monto pensión teniendo en cuentas todos los factores salariales devengados en el último año de servicios teniendo en cuenta que las Leyes 33 y 62 de 1985 no enlistan taxativamente los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional.

Señaló que dicha reliquidación es procedente de conformidad a la disposición adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA. contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls. 56 a 75).

La apoderada del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Realizó un análisis de la Compartibilidad Pensional, "la cual se presenta en el caso del demandante".

Indicó que la entidad que representa liquidó la pensión del actor de conformidad al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tal razón se aplicó el régimen pensional de la Ley 33 de 1985.

Adujo que se debe tener en cuenta el criterio unificado de la Corte Constitucional desde el año 2015, que refiere a la manera de liquidar las pensiones inmersas en el régimen de transición.

Señaló que el Consejo de Estado desconoció el Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente, afirmó que la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015, reiteró que el IBL a tener en cuenta para liquidar las pensiones es el general.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"PRESCRIPCIÓN DE LAS DIFERENCIAS RECLAMADAS SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES"* la presenta como norma general contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación sin que con ello se esté reconociendo algún derecho a la parte actora (ii) *"INEPTITUD DE LA DEMANDA FRENTE A LA PRETENSIÓN TERCERA DE LA DEMANDA – NULIDAD OFICIO NO. 2-2013-018484 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2013"*, en consideración a que dicho oficio dio respuesta al actor a la solicitud de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado DE AGOSTO 4 DE 2010 y (iii) *"PRECISIÓN PREVIA EN RELACIÓN CON LA EFECTIVIDAD FISCAL DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN RECONOCIDA AL DEMANDANTE"* en cuanto COLPENSIONES es la entidad que ya le reconoció la pensión al actor de conformidad con la figura de la compartibilidad pensional.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: La denominada *"INEPTITUD DE LA DEMANDA FRENTE A LA PRETENSIÓN TERCERA DE LA DEMANDA – NULIDAD OFICIO NO. 2-2013-018484 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2013"* se resolvió en audiencia inicial llevada a cabo el 20 de junio de 2017 y confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "E" a través de providencia del 5 de febrero de 2018.

Ahora, la denominada *"PRECISIÓN PREVIA EN RELACIÓN CON LA EFECTIVIDAD FISCAL DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN RECONOCIDA AL DEMANDANTE"*, encuentra el Despacho que las consideraciones que la sustentan no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito,

pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En la continuación de la audiencia inicial adelantada el 8 de junio 2018 (fls. 124 a 126 vto.), en la etapa de alegatos la parte demandante expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 13:03 hasta el minuto 16:48), por su parte la apoderada de la parte demandada expuso sus alegatos de conclusión (del minuto 16:55 hasta el minuto 20:45).

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 8 de junio del año en curso (fls. 87 a 89 vto.), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de jubilación reconocida por el SENA sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en los términos de la Ley 33 de 1985?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 000256 del 19 de febrero 2007, mediante la cual el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, reconoció y ordenó el pago de una pensión

de jubilación al actor en cuantía de \$2.147.868 a partir del retiro efectivo del servicio (fls. 15 a 17).

2.2. Copia simple de la Resolución No. 000911 de 2007, mediante la cual la entidad demandada resolvió un recurso de reposición en contra de la anterior Resolución, (fls. 18 a 24).

2.3. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA el 11 de diciembre de 2013, mediante el cual el actor solicitó la aplicación de la extensión de jurisprudencia (fls. 25 y 26).

2.4. Copia simple del Oficio No. 2-2013-018484 del 31 de diciembre de 2013, mediante el cual la entidad demandada negó la solicitud referida presentada por el demandante (fls. 27 a 35).

2.5. Copia simple de certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto, en la que relaciona el tiempo de servicios prestados por la actora en la entidad demandada (Fl. 27).

2.6. Copia simple de certificación expedida por el Coordinador de Administración de Salarios, en el que relacionan los factores salariales devengados por el actor en el periodo del 1º de abril de 2006 al 31 de marzo de 2007 (fls. 36 y 37).

2.7. Copia simple de la cédula de ciudadanía del actor (fl. 14).

2.8. Copia simple de los antecedentes administrativos del señor Leiva obrantes en cuaderno separado, en los cuales se encuentran las Resoluciones Nos. GNR 271688 del 30 de julio de 2014 y 489 de 2015 mediante las cuales COLPENSIONES reconoció una pensión de vejez a partir del 23 de noviembre de 2011 en cuantía de \$2.746.834 y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria de las Resoluciones Nos. 000256 del 19 de febrero de 2007 y 000911 de 2007.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

El Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "B", en Sentencia del 21 de octubre de 2013 dentro del proceso con radicado No. 2011-00152-01 (0285-2013) M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, estableció el siguiente marco jurídico y

jurisprudencial sobre la reliquidación pensional aplicable a los servidores públicos del SENA cuando en dicha entidad se reconocía pensiones en los siguientes términos:

Del régimen de aplicable a los servidores del SENA. De conformidad con los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y la Ley 27 de 1992, los servidores públicos del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA pertenecen a la rama ejecutiva del poder público por lo que tienen derecho a las prestaciones sociales consagradas en la ley para esta clase de funcionarios.

Mediante el Decreto 2464 de 1970. Se aprobó el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en el que se determinó que su personal tiene derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público establece la Ley. En lo pertinente, dispuso:

"Art. 126 Los empleados del SENA tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva de/ poder público establece la ley"

"Art. 127 Seguro Social. Los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA continuaran afiliados al instituto de Seguros Sociales.

En los lugares donde no haya servicios de dicho instituto, las prestaciones a cargo del mismo serán asumidas directamente por el SENA en relación con sus empleados o trabajadores no afiliados al I.C.S.S..

El SENA pagará a sus empleados y trabajadores los tres (3) primeros días de incapacidad que el instituto Colombiano de Seguros Sociales no reconoce, siempre y cuando la incapacidad total en cada caso sea mayor de tres (3) días. Además el SENA completará el salario que el Seguro paga durante la incapacidad, hasta la totalidad de/ sueldo asignado al empleado o trabajador. El salario durante la incapacidad lo pagara el SENA, cediendo el empleado o trabajador su derecho al SENA para que repita contra el Seguro Social."

A su vez el artículo 35 del Decreto Ley 1014 de 1978, modificado por el artículo 16 del Decreto Ley 415 de 1979 estableció:

"El SENA garantizará a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándoles a una entidad asistencial o de previsión.

Dichos empleados tendrán derecho únicamente a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos por la entidad asistencial o de previsión, con excepción de lo señalado en el parágrafo siguiente.

Aquellos funcionarios que se encuentren incapacitados por enfermedad, devengaran durante la incapacidad y proporcionalmente a ésta, una suma equivalente al sueldo asignado al cargo. Entiéndase en este caso que el empleado cede su derecho al SENA para que efectúe el cobro de la incapacidad ante la entidad asistencial o de previsión.

El SENA asumirá directamente o contratara con una o varias entidades públicas o privadas especializadas en seguridad social, un seguro médico asistencial, para los parientes de los empleados de la entidad.

Las modalidades y cuantía de este servicio se establecerán por Acuerdo de Consejo Directivo Nacional, así como los aportes del SENA para cada uno de sus empleados.

Con la prestación de este servicio de salud para la familia de los empleados, éstos y la entidad quedaran exentos de cotizaciones al ISS para cubrir riesgos similares.

El SENA incluirá en su presupuesto las partidas requeridas para el desarrollo de programas de seguridad industrial y salud ocupacional, que garanticen el mantenimiento de un buen estado de salud física y mental del empleado.

El Consejo Directivo Nacional de la entidad, reglamentara las normas internas sobre este aspecto."

De la normatividad trascrita se concluye que los empleados del SENA gozan de las mismas prestaciones sociales que en forma "general" establece la ley para los miembros de la rama ejecutiva. En consecuencia, desde el punto de vista de la pensión de jubilación, les son aplicables las leyes 6º de 1945, 33 de 1985 y posteriores que regulan la materia.

En ese mismo el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A, en el proceso con radicado No. 2005-05491-01 (1639-08):

"A pesar de que los empleados públicos del SENA se hallen afiliados al instituto de Seguros Sociales, esta entidad descentralizada nacional tiene la obligación legal transitoria de reconocer a sus funcionarios la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos a que se refieren las disposiciones que gobiernan a los empleados públicos en general, dado que el I.S.S. inicialmente no les hace dicho reconocimiento debido a que sus requisitos pensionales son superiores a los establecidos normalmente para los servidores públicos y porque la circunstancia excepcional de su afiliación al I.S.S. no puede de ninguna manera constituirse en un impedimento u obstáculo para el disfrute de su derecho adquirido frente a la ley.

En otras palabras, la entidad patronal, es decir, el ente público que afilió su personal al I.S.S. debe asumir el reconocimiento y pago transitorio de la obligación prestacional hasta cuando se cumplan los requisitos condicionales que contempla el ordenamiento jurídico respecto de los seguros que ofrece el I.S.S. y para que éste, ahora sí en forma definitiva, asuma la carga prestacional concreta frente a su afiliado.

Lo anterior no significa que el I.S.S. queda exonerado del reconocimiento y pago de esta prestación social, sino que inicialmente la asume el SENA, pero cuando se satisfagan los requisitos exigidos por el I. S. S. éste asumirá su obligación y el SENA cesará en el pago de dicha prestación, salvo situación especial que luego se precisará.

Cuando el I.S.S. asume el riesgo de vejez subroga al SENA en la obligación de reconocer la pensión de jubilación. Así, realmente se presenta una subrogación de la entidad encargada de asumir la obligación (aunque no tenga la misma denominación) y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente se

pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el SENA y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. La ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios estatales los funcionarios del SENA perciban dos pensiones a cargo de diferentes Instituciones...".

Análisis tomado de la Sentencia del 21 de octubre de 2013 del Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "B", dentro del proceso con radicado No. 2011-00152-01 (0285-2013) M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

"De la compartibilidad pensional de fuente legal. Es pertinente señalar en este punto que en algunos casos los servidores públicos además de ser beneficiarios de las regímenes de transición ya comentados, podían ser sujetos de beneficios de origen extralegal, en el caso de los trabajadores oficiales, que les permitía que se elevara la cuantía de las pensiones o se anticipara el requisito de la edad, independientemente de la afiliación de seguridad social.

De la compartibilidad excepcional de empleados públicos. La situación antes descrita, de pensión compartida se ha dado también de manera excepcional en el régimen de los empleados públicos, cuando la entidad ha afiliado a sus servidores al Instituto de Seguros Sociales, como ha sucedido en el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

En estos casos, en efecto, la obligación de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es en principio de la entidad de seguridad social a la cual estuvieron afiliados los empleados.

No obstante, en virtud del régimen de transición del sector público, es posible que tales servidores cumplan requisitos pensionales antes de tener derecho a la pensión del Seguro Social, la entidad empleadora, en este caso el SENA, reconoce la pensión de jubilación; pero como ha cotizado al Seguro Social, ese reconocimiento pensional se entiende condicionado hasta cuando el empleado obtenga su pensión del Seguro Social, de modo que, el Instituto la subroga en su obligación siempre que el servidor cumpla los requisitos del reglamento del ISS y se haya expresado esta situación en el acto administrativo de reconocimiento pensional de jubilación

Se insiste que el acto de reconocimiento del derecho pensional debe contener expresamente la condición resolutoria.

El Consejo de Estado en sentencia de 11 de julio de 2002, en el proceso radicado con el número 3517 de 2001, actor: Luis Carlos Leon, planteó la tesis que hoy se precisa en materia de pensiones compartidas entre el Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., y el Instituto de los Seguros Sociales I.S.S., algunas de sus consideraciones señalaron:

"Lo anterior lleva a la Sala a la convicción incontrovertible de que, tanto la pensión que el SENA reconoció al actor mediante Resolución No. 1303 del 22 de julio de 1992, como la reconocida por el Instituto de los Seguros Sociales mediante Resolución No. 003673 del 23 de julio de 1997, tienen la misma causa: por haber prestado sus servicios "... al Estado por intermedio del SENA por un periodo de veintiséis (26) años y cinco (5) meses".

La entidad demandada, en la Resolución No. 1303 del 22 de julio de 1992, advirtió haber elegido al Instituto de Seguros Sociales para afiliarse a sus servidores, por cuenta del SENA, y en el proceso no se demostró lo contrario

Distinta fuera la situación, si el interesado hubiere comprobado que la pensión que el Instituto de Seguros Sociales reconoció mediante Resolución 003673 del 23 de julio de 1997, fuera el resultado de cotizaciones propias o de otro empleador, evento en el cual sería procedente examinar la compatibilidad de estas pensiones".

En este sentido, cuando el Instituto de Seguros Sociales asume el riesgo de la prestación por vejez, sustituye al Servicio Nacional de Aprendizaje en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y, en consecuencia, el goce de la pensión de jubilación se torna incompatible con la pensión de vejez.

No se trata entonces, de que haya una revocatoria directa del acto administrativo de reconocimiento de la pensión por parte del SENA, sino de cumplimiento de una condición resolutoria contenida en el mismo acto administrativo de reconocimiento de la pensión, que produce el decaimiento del referido acto administrativo cuando se reconoce la pensión del ISS".

CASO CONCRETO.

La entidad demanda mediante la Resolución No. 000256 del 19 de febrero de 2007, le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación al señor Luis Carlos Leiva Cobos en cuantía de \$2.147.868 a partir del retiro efectivo del servicio, la cual fue confirmada en todas y cada una de sus partes por la Resolución No. 000911 de 2007; y COLPENSIONES según la Resolución No. GNR 271688 del 30 de julio de 2014

reconoció una pensión de vejez al actor a partir del 23 de noviembre de 2011 en cuantía de \$2.746.834.

El demandante actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad parcial de la Resolución No. 000256 del 19 de febrero de 2007; la nulidad de la Resolución No. 000911 de 2007 y del Oficio No. 2-2-2013-018484 del 31 de diciembre de 2013, mediante las cuales la entidad demandada reconoció una pensión de jubilación al actor, resolvió un recurso de reposición y respondió ante la solicitud de extensión de jurisprudencia, respectivamente.

En efecto, como ya se indicó en audiencia inicial de fecha 20 de junio de 2017 frente al Oficio No. 2-2-2013-018484 del 31 de diciembre de 2013, se indicó que ese acto no es susceptible de control judicial de conformidad con lo señalado en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, por lo que se configuró una inepta demanda, por falta de requisitos formales frente a dicho acto decisión confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "E" a través de providencia del 5 de febrero de 2018..

Ahora bien, de las pruebas obrantes en el expediente, está demostrado que: (i) mediante Resolución No. 000256 del 19 de febrero de 2007, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA le reconoció al actor una pensión de jubilación en cuantía de \$2.147.868 a partir del retiro efectivo del servicio (fls. 15 a 17); (ii) mediante Resolución No. 000911 de 2007, la entidad demandada resolvió el recurso de reposición contra la anterior Resolución (fls. 18 a 24), (iii) mediante Resolución No. GNR 271688 del 30 de julio de 2014, COLPENSIONES reconoció una pensión de vejez compartida al actor a partir del 23 de noviembre de 2011 en cuantía de \$2.746.834 (fls. 78 a 84 del cuaderno separado) y (iv) según Resolución No. 0498 de 2015, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA se declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria de las Resoluciones Nos. 000256 del 19 de febrero de 2007 y 000911 de 2007; así mismo se le reconoció un saldo a favor de \$3.804.393 por concepto de retroactivo que no corresponde a mesada pensional a cargo del SENA (fls. 91 a 93 del cuaderno separado).

De conformidad a lo anterior, es menester revisar si los efectos jurídicos sobrevinientes con la expedición de las Resoluciones Nos. 000256 del 19 de febrero de 2007 y 000911 de 2007, por medio de las cuales, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA reconoció la pensión de vejez al actor, aquí demandadas, siguen vigentes en cuanto al reconocimiento pensional del demandante Luis Carlos Leiva Cobos.

Así las cosas, es pertinente hacer referencia a la pérdida de ejecutoria de un acto administrativo, la cual se encuentra descrita en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, según el cual:

“Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.**
5. Cuando pierdan vigencia.” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De lo anterior se colige, que entre otros es causal de pérdida de la obligatoriedad y de los efectos coercitivos de un acto administrativo, el cumplimiento de la condición resolutoria allí contenida, evento en el cual, desaparece de la vida jurídica y no genera efecto alguno, es decir, carece de eficacia.

Ahora bien, el artículo 127 de la Constitución Política consagra la posibilidad de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, salvo los casos expresamente determinados por la Ley, como lo es el asunto de la referencia, en consideración a que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, mediante Resolución 000256 del 19 de febrero de 2007, dispuso en su artículo 2º de la parte resolutoria:

“ARTICULO SEGUNDO: “CONDICIÓN RESOLUTORIA”: El SENA pagará el valor total de la mesada a que se refiere el artículo anterior, hasta cuando el Instituto de Seguros Sociales le reconozca a la peticionario la pensión de vejez con base en las cotizaciones que para ese efecto le ha hecho esta Entidad, quedando desde ese momento de cuenta del SENA únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión asumida por el ISS y la que corresponda por este Acto, en virtud de la COMPARTIBILIDAD entre las dos pensiones.
(...)”

De conformidad a lo anterior, se evidencia que COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez al actor mediante la Resolución No. GNR 271688 del 30 de julio de 2014 en cuantía de \$2.746.834, suma mayor a la que le reconoció en principio la entidad demandada por lo que no se cumplió la compartibilidad de las dos pensiones, razón por la cual, el SENA a través de la Resolución No. 0498 de 2015, declaró la pérdida de ejecutoria de los actos demandados con el asunto de la referencia y cesó su obligación respecto al derecho pensional del señor Leiva Cobos.

Este último acto administrativo se encuentra en firme, pues no se evidencia con las documentales obrantes en el expediente que en contra de la misma se haya interpuesto recurso alguno, por lo que goza de la presunción de legalidad.

Bajo las anteriores consideraciones, es claro que al haberse declarado la pérdida de fuerza de ejecutoria de las Resoluciones Nos. 000256 del 19 de febrero de 2007 y 000911 de 2007, demandas en el asunto de la referencia, conlleva a un imposible jurídico, pues dicha declaratoria implica la desaparición de sus atributos y en consecuencia la capacidad para producir efectos jurídicos.

En ese sentido, si bien el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA es la entidad ante quien se debió solicitar el reajuste pensional, lo cierto es que desde el momento en que COLPENSIONES reconoció la prestación a favor del señor Leiva, esto es, con la Resolución No. GNR 271688 del 30 de julio de 2014 que reconoció la pensión de vejez al actor, la entidad acá demandada no tiene a su cargo reconocimiento alguno, toda vez que como se estableció con las documentales allegadas la entidad demandada no realiza pago de valor alguno por la cuantía de la pensión del demandante, por lo que se reitera no se presenta para el caso en concreto la figura de la compartibilidad de la pensión.

Entonces, el señor Leiva tenía hasta el 30 de julio de 2014 para solicitar la reliquidación de la pensión, fecha de expedición de la Resolución por medio de la cual COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al demandante, para reclamar ante el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA el reajuste, pues hasta esa fecha la prestación seguía a su cargo.

Ahora, el accionante en el escrito radicado ante la entidad demanda el 11 de diciembre de 2013 solicitó Extensión de Jurisprudencia, procedimiento contemplado en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 como el mismo lo indicó, el cual contiene una finalidad y procedimiento diferente a la solicitud de reliquidación de una pensión, por lo que el Despacho no puede contemplarla para efectos de estudiar lo pretendido en la demanda ante las Resoluciones Nos. 000256 del 19 de febrero de 2007 y 000911 de 2007 que en esa fecha si tenían efectos jurídicos.

Así las cosas, ante la imposibilidad de declarar la nulidad de los actos administrativos que no generan efecto alguno y que desaparecieron de la vida jurídica producto de la configuración de la causal de pérdida de ejecutoria de los actos administrativos de que trata el numeral 4º del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, referente al cumplimiento de

144

la condición resolutoria en él consagrada, el Despacho habrá de negar las pretensiones de la demanda.

En esa medida, al carecer los actos demandados de efectos jurídicos se impone denegar las súplicas elevadas.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

JEJP

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 4 de julio de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>21</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., tres (3) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00227-00
Demandante: **CLAUDIA ESPERANZA BOHÓRQUEZ RODRÍGUEZ**
Demandado: **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y
FIDUPREVISORA S.A.**
Asunto: **Sentencia de primera instancia**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora BOHÓRQUEZ RODRÍGUEZ en contra de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FONPREMAG y FIDUPREVISORA S.A.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la accionante actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declarara la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo generado frente a la petición radicada el 13 de marzo de 2015, mediante el cual, la Secretaría de Educación de Bogotá, actuando en nombre y representación de FONPREMAG de manera presunta negó, tanto el reconocimiento de la denominada “prima de medio año” equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal “b” del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; como el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

Así mismo, como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condenara a las entidades demandadas efectuar, el reconocimiento y pago de la “prima de medio año” y el reintegro de los valores descontados para salud, sobre las mesadas adicionales, además de la suspensión de tales descuentos.

Lo anterior junto con los intereses e indexación que corresponda conforme a lo previsto en el art. 192 del CPACA, además de condenar a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones se informa que mediante la Resolución No. 03020 del 26 de octubre de 2005 se *"reconoció a mi poderdante la pensión vitalicia de jubilación a partir del 1º de julio de 2005."*, y que el 13 de marzo de 2015 radicó ante las demandadas petición acorde con las pretensiones de la demanda, petición respecto de la cual se pronunció la Secretaría de Educación de Bogotá, indicando que no era competente para resolver sobre tales pedimentos por lo que procedió a remitir sus solicitudes ante FIDUPREVISORA S. A. entidad que no ha emitido respuesta de fondo.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 1º, 2º, 6º, 48, 53 inciso 3, 58 y 336 de la Constitución Política, Leyes 91 de 1989 (art. 2º y 15), 115 de 1994 y 812 de 2003 (art. 81), entre otros.

Para ello indica que la entidad estaba en obligación de reconocer y pagar la prima de medio año consagrada en el numeral 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989 equivalente a una mesada pensional, la cual es diferente a la mesada adicional del mes de junio reconocida en la Ley 100 de 1993, además que sin justificación alguna ha venido efectuando descuentos para aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FONPREMAG omitió contestar la demanda, toda vez que se limitó a presentar una certificación del Comité de Conciliación de la entidad y un poder.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante auto proferido el 11 de mayo de 2018 (Fl. 90), *i.* Se prescindió del restante periodo probatorio, por lo que el mismo se declaró cerrado, y *ii.* Se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad en que guardaron silencio las partes en litigio, y en la que el Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial se determinó que el problema jurídico se centra en establecer si se encuentra configurado el acto ficto o presunto frente a la petición radicada el 13 de marzo de 2015 y si le asiste derecho a la parte demandante, de una parte, a que le sea reconocida y pagada, la denominada “prima de medio año” consagrada en el literal “b” del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y de otra, a que se le reintegren los valores descontados por aportes en salud en las mesadas adicionales, así como a que se suspenda dicho descuento a futuro.

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

- a. Copia de la Cédula de ciudadanía de la accionante (fl.3).
- b. Copia simple de la Resolución No. 03020 del 26 de octubre de 2005, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá, actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció la **pensión mensual por invalidez** que devenga la accionante (fls. 8-10).
- c. Copia del escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 13 de marzo de 2015, mediante el cual la accionante solicitó el reconocimiento prestacional y la devolución de descuentos conforme al *petitum* de la demanda (fls. 4-6).
- d. Copia de la comunicación y anexos emitidos por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante los cuales puso en conocimiento de la parte actora que remitió su petición por competencia a FIDUPREVISORA S. A. (fls. 12-15).
- e. Formato único para expedición de certificado de historia laboral de la accionante (fl. 16-17).
- f. Comprobante de pago expedido por el Banco Popular y FIDUPREVISORA S. A. (fl. 18).
- g. Extracto de pagos detallados a la accionante y certificación de los descuentos efectuados a la docente (fl. 79 - 85)

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución a los problemas jurídicos planteados, es preciso hacer referencia a la norma que consagra el silencio de la administración y los eventos en que se configura el mismo, así como al marco jurídico que rodea, la pensión de invalidez que fue reconocida a la accionante a efectos de determinar si tiene derecho a la denominada "prima de medio año" consagrada en el literal "b" del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y por último al tema de los descuentos para salud

- DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Teniendo en cuenta que la petición elevada por la accionante ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que es objeto de litigio, fue radicada el 13 de marzo de 2015, se deduce que es aplicable la Ley 1437 de 2011, la cual cobró vigencia a partir del 2 de julio de 2012, codificación que en su artículo 83 consagra:

"Artículo 83. Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda."

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo negativo se configura pasados 3 meses sin que la entidad ante quien se radicó la petición, notifique la respuesta al interesado.

El Consejo de Estado¹, respecto al silencio administrativo indicó:

"(...) El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares

¹ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente No. 13001-23-31-000-2007-00251-01(19553). Demandante: INVERSIONES M. SUAREZ & CIA. S. EN C. – EN LIQUIDACION, DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, Sentencia de 30 de abril de 2014.

a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable.(...)"

En conclusión, se establece que el silencio administrativo ya sea en peticiones o recursos, nace a la vida jurídica, siempre y cuando se haya radicado petición o se haya interpuesto el recurso pertinente, ante la autoridad competente para pronunciarse y que la misma no haya proferido decisión en el término antes señalado para cada uno, agotándose de esta manera la reclamación administrativa para acceder ante la Jurisdicción.

- DE LA PENSION DE INVALIDEZ DOCENTE

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia a la normatividad que contempla la pensión de invalidez, con el fin de establecer si le asiste derecho a percibir una mesada adicional a las 14 que percibe en la actualidad.

Así las cosas, el Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", que en su artículo 3º estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

Posteriormente, se expidió la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", que en sus artículos 1 y 15 dispuso:

"Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. *Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

Personal nacionalizado. *Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*

Personal territorial. *Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

(...)" (Negrilla fuera de texto).

Artículo 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

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

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

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

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

(...)" (Resaltado fuera de texto).

Ahora, el sistema de seguridad social se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el cual exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

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

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)." (Negrilla fuera de texto).

De lo anterior se colige, que los docentes quedaron excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual, no es aplicable el régimen contenido en la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

A su vez fue promulgada la Ley 60 de 1993² "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones" que dispuso en el inciso final del artículo 6°, lo siguiente:

² Derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.

"(...)"

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

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la Ley General de Educación", que en su artículo 115 consagró:

"Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

Se tiene entonces, que el régimen prestacional de los docentes es el consagrado en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, resaltando que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro.

Igualmente se precisó que los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial y para los nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1981, así como para los demás docentes que sean nombrados a partir del 1º de enero de 1990, les será reconocida una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Así mismo, se estableció que estos pensionados gozarán del régimen previsto para los pensionados del sector público nacional.

Finalmente, se expidió la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", que respecto al régimen prestacional de los docentes oficiales contempló:

"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio

público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley

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

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" (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, es aplicable sólo a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Disposición ratificada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1º de 2005, que al tenor consagra:

"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

Por tanto, los docentes oficiales vinculados a partir de 27 de junio de 2003 ostentan los derechos pensionales del régimen de prima media fundado por la Ley 100 de 1993, con los requisitos allí previstos, con excepción del requisito de edad, que será de 57 años.

Precisado lo anterior, se evidencia que para efectos prestacionales como la pensión de invalidez, los vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que habían venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, lo cual, en todo caso nos remite nuevamente al régimen prestacional de los empleados del nivel central, como son los Decretos 3135 de

1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, puesto que el régimen especial no contaba con las previsiones para ello.

Así las cosas, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967, expidió el Decreto 3135 de 1968³ "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", que en su artículo 23⁴ consagró:

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

- a). El cincuenta por ciento (50%) cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del 75%;*
- b). Del setenta y cinco por ciento (75%) cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance al 95%;"* (Negrillas fuera de texto).

Lo anterior sin perjuicio de que tratándose de una prestación de carácter pensional, a los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1981, debe darse aplicación al literal "B" del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que prevé el reconocimiento de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

- DE LOS DESCUENTOS EN SALUD

Respecto de los descuentos que se deben realizar a las mesadas pensionales, el porcentaje fue establecido por la Ley 4ª de 1966 -*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-*, en los siguientes términos:

"Artículo 2º. Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma, así:

- a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y*
- b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.*

Parágrafo. Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional."

Posteriormente y mediante el Decreto 3135 de 1968 se reiteró tal posición, expresando que los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez deben cotizar un cinco por ciento (5%) de su pensión a efectos de recibir de parte de la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria (artículo 37).

³ Decreto por medio del 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.

⁴ Derogado por el artículo 98 del Decreto 1295 de 1994.

El Decreto 1848 de 1969 replicó lo dispuesto por el Decreto 3135 de 1968, allí se consignó:

"Artículo 90. Prestación asistencial. (...)

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."

Luego, la Ley 4ª de 1976; "por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones", creó una mesada adicional pagadera en diciembre para empleados de cualquier orden, así:

"Artículo 5º.- Los pensionados de que trata esta Ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se trasmite 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."

Por mandato expreso de la Ley 43 de 1984, se prohibió el descuento para salud a los pensionados, señaló la norma:

"Artículo 5. A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional." (Destaca el despacho)

La mesada adicional de junio nació con la Ley 100 de 1993, en cuyos artículos 50 y 142 se estableció cuáles serían las mesadas adicionales pagaderas, en los siguientes términos:

"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."

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~

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." (Texto tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-409 de 15 de septiembre de 1994)

Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

Parágrafo transitorio. Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal."

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1919 de 1994 se incrementó el monto de la cotización al sistema de salud, así:

Artículo 30. Monto de la cotización. De conformidad con lo previsto en el artículo 145 del Decreto-ley 1298 de 1994, la cotización para salud que regirá para la cobertura familiar será, para 1995 de 11 % de la base de cotización, según lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Esta cotización se elevará al 12% a partir del primero de enero de 1996.

De esta cotización se descontará un punto porcentual para contribuir a la financiación del régimen subsidiado que para todos los efectos se denominará contribución de solidaridad.

La distribución de la cotización, incluida la contribución de solidaridad, será de 2/3 partes a cargo del empleador y 1/3 parte a cargo del trabajador. Los trabajadores independientes, los rentistas y demás personas naturales sin vínculo contractual, legal o reglamentario con algún empleador, tendrán a su cargo la totalidad de la cotización.

Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público que por disposición legal administren sistemas de salud obligatorios, se ajustarán al sistema de cotización definido en el presente artículo, según el régimen de transición establecido en el artículo 68 del Decreto 1298 de 1994 y las disposiciones que lo reglamenten."

Las Leyes 71 y 79 de 1988 fueron reglamentadas por el Decreto 1073 de 2002, el cual en lo pertinente, prohibió realizar descuentos sobre las mesadas adicionales, así:

Artículo 1o. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

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

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los 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 mesada adicional." (Destaca el Despacho)

No obstante, el parágrafo de este artículo fue declarado parcialmente nulo por el Consejo de Estado "...únicamente en cuanto dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993..." a través de sentencia dictada por la Sección Segunda-Subsección "A" del 3 de febrero de 2005 con ponencia de la Magistrada (e) Ana Margarita Forero de Olaya, dentro del proceso 2002-0163.

Así mismo la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, señaló que el valor de la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será conforme lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, así:

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

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

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.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3o de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.

PARÁGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989”.

De lo anterior, el Despacho entiende que no existe un régimen de transición en materia de salud, quedando por tanto los pensionados, rigiéndose en esta materia, conforme las disposiciones contenidas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por último, se tiene que el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, modificó la Ley 100 de 1993, señalando el monto de la cotización mensual de cada pensionado, como se pasa a leer:

“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.

El Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud, definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido en el inciso anterior y su distribución entre el plan de salud obligatorio y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de que tratan los artículos 206 y 207, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación de que habla en artículo 222.

PARAGRAFO. 1º- La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley.

PARAGRAFO. 2º- Para efectos de cálculo de la base de cotización de los trabajadores independientes, el Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunciones de ingreso con base en información sobre el nivel de educación, la experiencia laboral, las actividades económicas, la región de operación y el patrimonio de los individuos. Así mismo, la periodicidad de la cotización para estos trabajadores podrá variar dependiendo de la estabilidad y periodicidad de sus ingresos.”

Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencias tales como la dictada por la Sección Segunda – Subsección “C”, de fecha 3 de noviembre de 2011, en la que accedió a las súplicas de la demanda, revocando la decisión de primera instancia emitida por este Juzgado en los siguientes términos:

*“DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS ADICIONALES
(...)*

En el presente asunto se demostró que a la actora se le reconoció la pensión de jubilación por medio de la Resolución No. 001633 del 29 de febrero de 2008 (fls.2-4), a partir del 01 de noviembre de 2007, y por medio del Extracto de Pagos expedido por la FIDUPREVISORA S.A. de abril 13 de 2010 (fl.47), se pudo establecer que sobre las mesadas adicionales de diciembre

posteriores al primer pago de la pensión se le han hecho descuentos para salud, y como se analizó, esto no tiene fundamento jurídico en una norma que así lo autorice, por lo tanto, tales descuentos son ilegales y constituyen una causal de nulidad del acto administrativo demandado, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 7º de la Ley 42 de 1982 y 5º de la Ley 43 de 1984.

Si bien es cierto que no hay norma expresa que prohíba hacer los descuentos para salud sobre la mesada pensional adicional de junio, también lo es que tampoco hay alguna que esté autorizándola de forma expresa ni tácita, y en aplicación del principio de favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53 de nuestra norma superior, se debe aplicar la interpretación más favorable al pensionado, más aun cuando la ley autoriza efectuar un 12% mensual, y es claro que al realizarlo sobre dicha mesada, se está descontando un 24% mensual, superando lo permitido legalmente.⁵

Así mismo, la Subsección "F" de dicho Tribunal en providencia del 15 de abril de 2015, resolvió acceder a una demanda en la que se formularon pretensiones similares a las acá expuestas, aduciendo lo siguiente:

"sobre el particular el Honorable Consejo de Estado, en concepto, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, C.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo, sostuvo:

"En este orden de ideas, estima la Sala que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del doce por ciento (12%) con destino 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 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.

(...)

II. se responde.

El reajuste mensual previsto en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 no se aplica a las mesadas adicionales de junio y diciembre, por cuanto a esas mesadas no se les hace el descuento para salud y, al tener ese reajuste como finalidad compensar el aumento de esta cotización, se desvirtuaría el objetivo de la norma, pues lo que se reajustaría realmente, es ese caso, sería el valor de la mesada"

De acuerdo con lo expresado por el Honorable Consejo de Estado en el concepto antes mencionado, las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles de descuento del 12% para el pago de cotización al sistema de Seguridad Social en Salud, ya que existe norma expresa que así lo dispone para la mesada de diciembre; y en cuanto la de junio es una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

Del análisis de las normas que han regulado el tema de las mesadas adicionales y de la jurisprudencia, se concluye que sobre la mesada adicional de diciembre no se puede realizar el descuento del 12% para el pago de aportes al Sistema de Seguridad en Salud, por cuanto existe norma expresa que así lo señala (Ley 42 de 1982 Art. 7 y la Ley 43 de 1984 Art.5)

En relación con la mesada adicional de junio, aun cuando el Consejo de Estado en sentencia del 9 de septiembre de 2005, declaró la nulidad parcial del párrafo del artículo 1º del decreto 1073 de 2003, que permitiría efectuar descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el descuento del 12% de la mesada adicional de junio no podrá hacerse, por cuanto según lo establece la Ley 812 de 2003 en su Artículo 81, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en materia de cotización al sistema de Seguridad Social están regulados por la Ley 100 de 1993.

⁵ Magistrado Ponente: ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO, dentro del proceso No. 2008-00686, demandante: María Etefvina Alejo de Riveros

(...)

En lo atinente al descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se percibe en junio y diciembre dicho descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

En conclusión, no se puede realizar descuentos del 12% para cotización en salud, de las mesadas adicionales de la pensión, por cuanto hay norma expresa que prohíbe realizar descuentos de la mesada adicional de diciembre, como anteriormente se estableció, y en relación con la mesada de junio, se tiene que el descuento obligatorio para salud es del 12% mensual, por lo cual, no podría cotizar dos veces por el mismo mes.

Por lo tanto, encuentra la Sala que no existe norma alguna que faculte a la Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fonpremag-, por intermedio de la Fiduciaria la Previsora – FIDUPREVISORA- S.A., a realizar descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de aquellas personas que gocen de una pensión de jubilación." (Negrilla fuera texto)

Así las cosas, este Despacho señala que la cuantía de la cotización en salud fue fijada originalmente en la Ley 100 de 1993, en un porcentaje del 12% del ingreso base, a cargo del afiliado en el caso de los trabajadores pensionados e independientes y para los asalariados indistinto sean del sector público o privado, se fijó en un 8% a cargo del empleador y un 4% a cargo del trabajador.

Sin embargo, la Ley 1122 de 2007 aumentó la cuantía de la cotización total para el sistema de salud, quedando en el 12.5% del ingreso base, no obstante, frente a las consecuencias de dicho aumento en el sector pensional, se expidió la Ley 1250 de 2008, en el cual se dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud para los pensionados, sería del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, del cual, vale aclarar pertenecen todas las personas que reciben una mesada pensional independiente al régimen con el cual adquirió el estatus pensional.

De lo antes señalado, este Despacho acoge la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde señala que revisada la normatividad vigente y en lo que respecta al descuento obligatorio para salud, mal podría efectuarse en las dos mesadas que se perciben en junio y diciembre, generándose un doble descuento, lo que equivaldría al veinticuatro por ciento (24%), por concepto de cotización en salud, para el mismo mes.

Debiéndose por tanto, entender que la Ley 91 de 1989, enuncia en su artículo 8 los recursos que componen el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, concordándola con la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, normas que prohíben los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales. Situación que en su momento discurrió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1064 de 16 de diciembre de 1997.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora CLAUDIA ESPERANZA BOHÓRQUEZ RODRÍGUEZ, actuando a través de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad del acto ficto constituido ante el silencio de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –FONPREMAG, frente a la petición elevada el 13 de marzo de 2015, acto mediante el cual de manera presunta, dicha entidad denegó el reconocimiento de la denominada “prima de medio año” equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal “b” del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el reintegro y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

- De la existencia del acto ficto

Así las cosas, a efectos de determinar si en el asunto de la referencia se constituyó el acto ficto o presunto derivado del silencio de la Secretaría de Educación de Bogotá y/o del extremo pasivo, se reitera que respecto de las peticiones el artículo 83 del CPACA⁶ señala que tal fenómeno jurídico se configura pasados 3 meses desde la presentación de la solicitud pertinente, además que la entidad no se exime del deber de decidir la petición, salvo que se haya interpuesto recurso en contra de la misma.

Así las cosas, descendiendo al caso concreto se evidencia que a folios 4 a 6 del plenario obra copia de la solicitud de reconocimiento de la prima de medio año referida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, así como de reintegro y suspenso de los descuentos en salud aplicados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, petición que fue radicada el 13 de marzo de 2015 (fl.4), fecha a partir de la cual la entidad tenía tres meses, es decir hasta el 13 de junio de 2015, para emitir respuesta.

Decantado lo anterior y como quiera que en el Oficio S-2015-39941 del 13 de marzo de 2015, aun cuando se hizo alusión a la normatividad que regula el tema de los descuentos en salud, la mencionada Secretaría refirió que no ostentaba competencia para resolver particular y de hecho no se pronunció sobre el reintegro solicitado, así como tampoco emitió respuesta alguna frente a la prima de medio año reclamada, ni se observa en el plenario respuesta a tales pedimentos por parte de la Fiduprevisora a quien fue remitida dicha solicitud, y menos aún que la misma haya sido proferida

⁶ Vigente para la fecha de radicación de la aludida petición.

dentro del término aludido, resulta forzoso colegir que en efecto se configuró el silencio de la administración.

- **De la pensión de invalidez docente y la mesada de "medio año"**

Para analizar el caso puesto en conocimiento de la jurisdicción, conforme a lo expuesto en el marco jurídico, debemos tener como punto de partida la fecha de vinculación de la accionante, por cuanto es la circunstancia que en últimas define el régimen tanto pensional como prestacional aplicable cuando se trata de docentes.

Acorde con lo anterior, se encuentra probado que la accionante se vinculó como docente el 16 de junio de 1989, como se observa a folio 16 del plenario, en consecuencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 15, numeral 1º, de la Ley 91 de 1989, en materia prestacional mantendría el régimen que venía gozando de conformidad con las normas vigentes pues tal vinculación se dio antes del 31 de diciembre de 1989 y por tanto, conforme a lo expuesto en precedencia, en lo atinente al reconocimiento pensional con ocasión de la declaratoria de invalidez, debía darse aplicación a los requisitos y parámetros señalados en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, tal como lo hizo la entidad en la Resolución No. 03020 del 26 de octubre de 2005.

Ahora bien, no se puede perder de vista como ya se indicó, que por tratarse de una prestación de carácter pensional, en efecto resultaban aplicables los presupuestos del literal "b" del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, como quiera que la accionante se vinculó con posterioridad al 1º de enero de 1981 y antes del 31 de diciembre de 1989, norma que al respecto establece:

"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 1º. 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." (Subrayas fuera de texto)

Bajo la anterior perspectiva, se colige que la señora BOHÓRQUEZ RODRÍGUEZ en efecto ostentaba el derecho a que el pago de su pensional de invalidez, incluyera el pago de una prima adicional "de medio año" equivalente a una mesada pensional, como aduce la parte demandante.

No obstante, tras analizar el acervo probatorio recaudado, se advierte que la entidad demandada reconoció a la accionante su pensión de invalidez con base en el régimen aplicable, no solo porque al final de la parte considerativa de la Resolución de reconocimiento se indicó "*Que son disposiciones aplicables entre otras los Decretos 3135/68, 1848/69, Ley 91/89, Decreto 3752 (...)*", sino también porque conforme a la relación de pagos que obra a folios 82 a 85 del expediente, se evidencia que ella ha venido percibiendo una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, desde el momento en que adquirió el derecho pensional.

Vale precisar que no es posible deducir que la mesada adicional que recibe la accionante en el mes de junio de cada año, es la que se encuentra consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, como se infiere del escrito de demanda, en primer término por cuanto la entidad en modo alguno ha hecho suponer tal circunstancia y en segundo, por cuanto, conforme a lo expuesto en el marco legal aplicable al asunto, el régimen de prima media consagrado en la dicha normatividad y en la Ley 797 de 2003, es aplicable sólo a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que no es el caso de la demandante.

Ahora, si bien el artículo 142 en cita dispuso la creación de una mesada adicional, de la cual se beneficiarían los pensionados en el mes de junio, pretendiendo así ampliar dicho beneficio a todos quienes ostentaran tal estatus, también lo es que ello se hizo en el entendido de que tendrían derecho a la misma quienes no contaran con tal prebenda a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de lo contrario estaríamos efectuando el reconocimiento de una mesada No. 15, lo cual no tiene asidero legal.

Acorde con lo anterior, resulta forzoso colegir que tal argumento no desvirtúa la presunción de legalidad que ostenta la negativa ficta genera frente a la solicitud de reconocimiento de la denominada "prima de medio año" equivalente a una mesada pensional, consagrada en el literal "b" del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y por tanto no resulta procedente declarar la nulidad de tal decisión.

- De los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre

Continúa entonces el Despacho resolviendo lo atinente a los referidos descuentos, para lo cual se advierte que conforme se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, la Ley 812 de 2003 derogó tácitamente lo señalado en la

Ley 91 de 1989, en materia de cotización a salud, por lo que los docentes afiliados a FONPREMAG se rigen por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 que consagran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, sin que estén inmersos en un régimen transición.

De esa manera, conforme lo señalan la Ley 43 de 1984, el Decreto 1073 de 2003 y la Ley 1250 de 2008, los pensionados sin importar el régimen en el cual adquirieron el estatus pensional sólo se encuentran obligados a cotizar al régimen contributivo de salud un 12% en cada mesada pensional, por lo cual para las mesadas adicionales de junio y diciembre el porcentaje que por Ley se debe aportar es el 12% sin que sea dable realizar un 24%, ya que esto implicaría que por el mismo mes se estaría efectuando un doble descuento.

Ahora bien, se tiene que a folios 82 a 85 del expediente, obran el extracto de pagos y la certificación de descuentos sobre la mesada pensional de la accionante, expedida por Fiduprevisora S. A. en los que consta que la prestación pensional de dicho sujeto procesal, ha sido objeto de doble descuento por concepto de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al aplicarlos sobre las mesadas adicionales.

Por lo anterior, el Despacho ordenará la suspensión y el reintegro de los dineros descontados para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre que se hayan realizado en la pensión que devenga la parte actora, a partir del adquirió el estatus pensional, esto es el 1º de julio de 2005, fecha desde la cual se reconoció la pensión.

Bajo las anteriores consideraciones, se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad que ostenta el acto ficto configurado ante la solicitud radicada el 13 de marzo de 2015, pero sólo en cuanto a los descuentos efectuados, y por tanto, se declarará la nulidad parcial del mismo.

Ahora, para efectos de establecer si opera la **prescripción** de los descuentos que serán susceptibles de devolución en el asunto de la referencia, se contabilizará el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles tales derechos, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, para lo cual es necesario hacer la siguiente consideración:

Está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que a la parte actora le fue reconocida la prestación pensional en su favor a partir del 1º de julio de 2005 (Fl. 9) y que el 13 de marzo de 2015 solicitó ante la Secretaría de Educación del Distrito, la suspensión y reintegro de los valores descontados para salud (12%) sobre sus mesada adicionales, entre otras solicitudes, escrito que generó la interrupción del término prescriptivo por el término de 3 años, más cuando la acción de la referencia fue impetrada el 24 de mayo de 2017 (fl. 31), esto es sin que se completara nuevamente el término de 3 años consagrados en la norma, lo que nos permite concluir que en el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las sumas objeto de devolución, causadas con anterioridad al 13 de marzo de 2012, circunstancia que será declarada de manera oficiosa.

Las sumas que resulten de los anteriores reconocimientos, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

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

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar de la nulidad parcial del acto ficto constituido ante el silencio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de FIDUPREVISORA S. A., frente a la solicitud radicada el 13 de marzo de 2015, pero sólo en lo atinente al reintegro y suspensión de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales que percibe, por concepto de seguridad social en salud.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condena la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a FIDUPREVISORA S. A., a suspender los descuentos que se vienen aplicando sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión que devenga la señora CLAUDIA ESPERANZA BOHÓRQUEZ RODRÍGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.678.134, con destino al sistema de salud, y proceda reintegrar las sumas descontadas por tal concepto, a partir del 13 de marzo de 2012, por prescripción trienal y conforme a lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Las sumas que resulten de los anteriores reconocimiento y condena, respectivamente, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. (\text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL})$$

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

CUARTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin lugar a condena en costas.

SEXTO: Dese cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 4 de julio de 2018 se notifica la anterior Sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>45</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>

MPV.